

# EL NUEVO MODELO PENAL DE LA SEGURIDAD CIUDADANA <sup>1</sup>

José Luis Díez Ripollés

*Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Málaga*

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2004, núm. 06-03, p. 03:1-03:34. Disponible en internet:

<http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf>

ISSN 1695-0194 [RECPC 06-03 (2004), 19 may]

**RESUMEN:** El autor señala el desconcierto de los especialistas al analizar las tendencias recientes de la política criminal y lo atribuye a la inadecuación del modelo garantista para enfrentarse a la realidad normativa y político-criminal actual. A partir de esta idea, el autor desarrolla su trabajo en dos grandes apartados. En el primero de ellos se

diagnostican los rasgos básicos del modelo vigente a través de la identificación de las actitudes sociales predominantes. En el segundo, desde una perspectiva crítica frente a esta situación, propone estrategias para resistir y contrarrestar lo que el autor considera una *deriva securitaria* a la que habría que enfrentarse con una comprensión rigurosa y no ingenua de las causas y las razones que la provocan.

**PALABRAS CLAVES:** Política criminal, seguridad ciudadana, penas, delincuencia, modelo penal, garantismo.

Fecha de publicación: 19 mayo 2004

## I. La crisis contemporánea de los modelos de intervención penal.

En la interpretación de la reciente evolución de la política criminal española, tan pródiga en reformas penales, procesales y penitenciarias, los penalistas, en la universidad y en la jurisdicción, muestran un cierto desconcierto a la hora de abordar su análisis crítico. Pareciera como si los acontecimientos que se están produciendo no formaran parte del acervo de actuaciones sociales cuya posible aparición, al margen de su plausibilidad, había sido anticipada por los juristas. Esto genera una extendida actitud de despectivo rechazo hacia lo que se califica sumariamente como una política criminal oportunista.

Sin echar en saco roto este último calificativo, conviene, sin embargo, que nos preguntemos por las razones de esa incapacidad que los expertos de la política criminal tienen para analizar con la necesaria ecuanimidad unas decisiones y actuaciones que, por muy imprevistas que sean, no se puede negar que gozan de un generalizado respaldo

<sup>1</sup> Nota previa: Una versión abreviada de este trabajo ha sido publicada en *Jueces para la democracia*. n° 49 marzo 2004. La versión que aquí se presenta constituye la versión íntegra y definitiva.

popular y de un impulso político de amplio espectro ideológico. Creo que la explicación de semejante perplejidad se debe en buena medida a que los penalistas están analizando las transformaciones jurídicopenales en curso desde un modelo analítico equivocado o, por mejor decir, en trance de superación. Me refiero al modelo penal garantista.

En efecto, conocido con diferentes denominaciones a lo largo del pasado siglo XX, este modelo se caracteriza en todo momento por desarrollar una estructura de intervención penal autolimitada, hasta el punto de que se ha llamado a sí mismo “derecho penal mínimo”, girando en torno a unos pocos principios que, a riesgo de simplificar demasiado, podríamos enumerar como sigue:

1. La atribución de una eficacia limitada a sus genuinos instrumentos de intervención, la norma y la sanción penales. Éstos sólo desarrollarían efectos sociales perceptibles en la medida en que se encuadraran en un contexto más amplio, el del control social en general. Sólo en tanto en cuanto el subsistema de control penal coincidiera en sus objetivos con los pretendidos por el resto de los subsistemas de control social -familia, escuela, vinculaciones comunitarias, medio laboral, relaciones sociales, opinión pública...- y en la medida en que interaccionara recíprocamente con ellos, habría garantías de que la intervención penal pudiera condicionar los comportamientos sociales. De ahí que se desconsiderara su posible uso como ariete promotor de transformaciones en los valores sociales vigentes.

2. Deliberada reducción de su ámbito de actuación a la tutela de los presupuestos más esenciales para la convivencia. Frente a las tendencias expansivas de otros sectores del ordenamiento jurídico, singularmente del derecho administrativo, el derecho penal garantista considera una virtud, además de un signo inequívoco de una sociedad bien integrada, que su área de intervención sea la mínima imprescindible. En esa actitud ha jugado usualmente un papel importante la constatación de la naturaleza especialmente afflictiva de las sanciones que le son propias, que estima superior a la de cualquier otro medio de intervención social, lo que justificaría un empleo muy comedido de ellas<sup>2</sup>. Se convierte en lugar común que el derecho penal sólo debe actuar frente a las infracciones más graves a los bienes más importantes, y ello sólo cuando no existan otros medios sociales más eficaces. Ello conlleva el olvido de todo tipo de pretensiones encaminadas a salvaguardar a través del derecho penal determinadas opciones morales o ideológicas en detrimento de otras.

3. Profunda desconfianza hacia un equilibrado ejercicio del poder sancionatorio por parte de los poderes públicos. El derecho penal de este modelo se sigue declarando orgullosamente heredero del liberalismo político, y en consecuencia estima una de sus principales tareas la de defender al ciudadano, delincuente o no, de los posibles abusos y arbitrariedad del estado punitivo. De ahí que coloque la protección del delincuente, o del ciudadano potencial o presuntamente delincuente, en el mismo plano que la tutela de esos presupuestos esenciales para la convivencia acabados de aludir. Ello explicará las estrictas exigencias a satisfacer por los poderes públicos al establecer los comportamientos delictivos y las penas para ellos previstas, a la hora de verificar la concurrencia de unos y

<sup>2</sup> Sobre el trasfondo incorrecto de este razonamiento, véase Díez Ripollés. “La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría.”. Trotta. 2003. págs. 74, 141-143.

la procedencia de las otras en el caso concreto, y en el momento de la ejecución de las sanciones. El temor a un uso indebido del poder punitivo conferido al estado, que pudiera terminar afectando al conjunto de los ciudadanos, permea todo el armazón conceptual del derecho penal garantista, desde los criterios con los que se identifican los contenidos a proteger a aquellos que seleccionan las sanciones a imponer, pasando por los que se ocupan de estructurar un sistema de exigencia de responsabilidad socialmente convincente.

4. Existencia de límites trascendentes en el empleo de sanciones penales. Así, los efectos sociopersonales pretendidos con la conminación, imposición y ejecución de las penas, por muy necesarios que parezcan, en ninguna circunstancia deben superar ciertos confines. Uno de ellos es el de la humanidad de las sanciones, que viene a expresar que determinadas sanciones, o determinadas formas de ejecución de sanciones, son incompatibles con la dignidad de la persona humana, por lo que no pueden imponerse, cualquiera que sea la entidad lesiva del comportamiento o la intensidad de la responsabilidad personal. Otro de los confines a no superar es el de la proporcionalidad, en virtud del cual la pena debe ajustarse en su gravedad a la del comportamiento delictivo al que se conecta, debiendo mantener una correspondencia sustancial con él. Finalmente, la pena debe fomentar o, al menos, no cerrar el paso a la reintegración en la sociedad del delincuente, idea ésta que se configura como un derecho de todo ciudadano y se nutre tanto de una visión incluyente del orden social como del reconocimiento de la cuota de responsabilidad de la sociedad en la aparición del comportamiento delictivo.

Pues bien, la tesis que quisiera exponer a continuación es la de que este modelo ya no nos da las claves para interpretar los recientes cambios políticocriminales, por la sencilla razón de que éstos obedecen a una nueva forma de configurar y modelar el control social penal. De ahí que las críticas que se hacen desde el garantismo a recientes decisiones legislativas penales se pierden en el vacío de la incomprensión social. No son, sin embargo, objeto de una cumplida réplica por sus promotores porque el nuevo modelo está carente todavía de una suficiente estructuración conceptual y principal, la cual terminará llegando tarde o temprano y, con ella, el modelo antagonista al del derecho penal garantista<sup>3</sup>.

El nuevo modelo que se está asentando inició su devenir en algunos sistemas jurídicos antes que en otros, y en eso tiene mucho que ver el modelo penal de intervención del que el modelo en ciernes se va desvinculando.

En efecto, durante los años 60 y 70 del siglo XX ciertos ordenamientos jurídicos tomaron una decidida orientación a favor de lo que se llamó el modelo resocializador. Este modelo se implantó contundentemente en ciertos países anglosajones, de modo especial Estados Unidos y Gran Bretaña, así como en los países escandinavos, entre otros lugares. Su impulso lo recibía de la “ideología del tratamiento”, la cual consideraba que la legiti-

<sup>3</sup> Apunta igualmente a la emergencia de otro modelo, *Cancio Meliá*, en *Jakobs/Cancio*. “Derecho penal del enemigo”. Thomson/Cívitas. 2003. págs. 59-60. Por el contrario, *García-Pablos Molina*. “Criminología. Una introducción a sus fundamentos”. 4ª edic. Tirant. 2001. págs. 429 y ss. no percibe aún en 2001 la emergencia de otro modelo que no sea el de la justicia reparadora.

mación del derecho penal nacía de su capacidad para resocializar al delincuente, y que todo el instrumental penal debía reconducirse a esa finalidad.

Se trataba de una idea que ya tenía una larga tradición, desde los correccionalistas españoles o positivistas italianos de la segunda mitad del XIX, pasando por las llamadas escuelas intermedias italiana y alemana de los años 20 y 30 y las teorías de la defensa social que florecieron en Italia y Francia en los años 40 y 50, todas del último siglo. Pero lo realmente novedoso fue que el conjunto de países acabados de citar pretendieron durante más de dos décadas configurar su modelo de intervención penal de acuerdo a esa idea de la resocialización del delincuente. Ello implicaba una serie de decisiones significativas, entre las que se pueden destacar las siguientes:

1. La pauta de actuación es, en efecto, la búsqueda de la reintegración en la sociedad del delincuente, objetivo al que han de acomodarse todos los demás. Eso conlleva que los otros efectos sociopersonales pretendidos tradicionalmente por la pena quedaran en un segundo plano o sufrieran un descrédito sin paliativos. Este era, sin duda, el caso de los dirigidos hacia el conjunto de la población, a saber, los encaminados a lograr una prevención general de los delitos mediante el aprovechamiento de los efectos intimidatorio, corrector de socializaciones defectuosas, o reforzador de la adhesión a los valores sociales, que se suscitan en los ciudadanos que perciben la reacción social negativa que el delincuente sufre tras la comisión de un delito. Pero también quedaban oscurecidos ciertos efectos dirigidos de modo directo a prevenir que el delincuente en concreto volviera a delinquir, como es el caso de la intimidación cara a su comportamiento futuro que éste recibe mediante la imposición de la pena, o su inocuización para causar daños a la sociedad mientras dure su estancia en prisión.

2. La obtención de ese objetivo resocializador exigía arrumbar ciertas cautelas propias del derecho penal clásico. Así, se difuminan las referencias al hecho concreto realizado a la hora de determinar la responsabilidad de delincuente, prestando especial atención a sus condicionamientos personales y sociales en el momento de delinquir. Se promueven las penas indeterminadas, cuya duración y contenido quedan directamente condicionados por la evolución registrada en el proceso de reintegración en la sociedad del delincuente.

3. La pena de prisión es objeto de una valoración ambivalente. Por un lado, se considera que proporciona un marco espacial y regimental que facilita las aproximaciones reeducadoras a los delincuentes, de ahí que se fomente un uso de ella desprovisto en la medida de lo posible de los componentes afflictivos y con características diversas según las necesidades de tratamiento a que deba atender. Por otro, se percibe que resulta difícil eludir las consecuencias negativas inherentes a todo internamiento y se impulsan, sobre todo en la segunda mitad del periodo de vigencia del modelo resocializador, penas alternativas a la prisión con capacidades para conseguir el mismo objetivo resocializador pero llevando el delincuente una vida total o parcialmente en libertad.

4. El abordaje de la delincuencia se consolida como una tarea de expertos. Sin duda compete a los profesionales de la policía y de la jurisdicción, pero sobremanera a un conjunto de profesionales de las ciencias del comportamiento que, a la búsqueda de las vías más eficaces para obtener la reintegración social del delincuente, aportan masivamente sus conocimientos en el momento de la determinación de la pena y, singularmente,

durante su ejecución. Los políticos se inmiscuyen poco en lo que consideran una labor técnica, y la ciudadanía en general no muestra demasiado interés, salvo sucesos ocasionales, en lo que se hace con los delincuentes.

Sin embargo, este modelo resocializador sufre un generalizado y rápido colapso desde mediados de los años 70 del siglo XX en los países que más se habían involucrado en él<sup>4</sup>. Una breve exposición de las razones que llevaron a tal desmoronamiento podría ser como sigue:

1. Cunde el desánimo entre buena parte de sus defensores respecto a la eficacia de las técnicas de tratamiento. Se extiende la idea de que se ha estructurado todo un sistema que, en último término, ofrece escasos frutos.

2. Se asienta la impresión de que el énfasis en la resocialización del delincuente constituía objetivamente una cortina de humo que velaba las responsabilidades de la sociedad en su conjunto, de los sectores sociales más favorecidos de ella y de los propios órganos de control en el surgimiento de la delincuencia o incluso en la definición de lo que podía considerarse como tal. Los movimientos propios de la criminología crítica juegan un importante papel al respecto desde fuera y desde dentro del modelo resocializador.

3. Se reavivan los argumentos propios del modelo garantista que cuestionan la legitimidad de llevar a cabo injerencias tan intensas sobre los derechos y la personalidad del individuo delincuente. Se reclama, por un lado, el restablecimiento de las garantías individuales vinculadas a que la responsabilidad derive exclusivamente del hecho concreto realizado, a penas de duración determinada y a la reducción del arbitrio judicial y penitenciario. Se cuestionan, por otro lado, las pretensiones resocializadoras en la medida en que con frecuencia no se limitan a asegurar el futuro acatamiento externo de la norma por parte del delincuente, sino que aspiran a modificar profundamente la personalidad de éste.

4. Otros efectos sociopersonales de la pena, como la intimidación al conjunto de la sociedad, o la intimidación o inocuización del delincuente, recuperan su prestigio. La eficacia de lo primero exige catálogos de penas que guarden proporción con la gravedad de la conducta realizada, al margen de las características del delincuente. El desarrollo de lo segundo supone olvidar la exigencia de proporcionalidad cuando estemos ante delincuentes reincidentes, cuya confrontación exige largas condenas de prisión en buena medida ajenas a la evolución del interno.

Más allá de estas razones concretas, un autor británico, Garland, ha puesto de manifiesto que ellas se limitan a reflejar un cambio más profundo de las creencias y formas de vida de la sociedad moderna, el cual habría transformado o comenzado a transformar la política criminal. A tales efectos, colocándose en un nivel de análisis superior, ha intentado identificar un conjunto de rasgos que responderían a esos cambios en las actitudes sociales y que constituirían al mismo tiempo un buen compendio del nuevo modelo de

<sup>4</sup> Un documento europeo especialmente ilustrativo en su momento fue el elaborado a mediados de los años 70, y publicado en 1978, por el *Comité nacional sueco para la Prevención del delito*, titulado en su traducción española "Un nuevo sistema de penas. Ideas y propuestas". Anuario de derecho penal y ciencias penales. 1979. *passim*.

intervención penal en curso<sup>5</sup>. Esas características han sido formuladas desde la experiencia reciente estadounidense y británica, es decir, en relación con sistemas jurídicos que respondían hasta hace poco tiempo al modelo penal resocializador. Sin embargo, considero que desenrollan un buen hilo conductor de las modificaciones que, con más retraso, se están produciendo en los sistemas jurídicos hasta ahora más vinculados al modelo penal garantista, como es el caso del ordenamiento español. Si esto fuera así, no sólo habríamos encontrado el instrumento analítico que buscábamos al inicio de esta exposición, sino que además tendríamos ya identificados los rudimentos del nuevo modelo de intervención penal y sentadas, por tanto, las bases de su crítica.

## II. A la búsqueda de un diagnóstico.

Inspirado en buena medida en el citado análisis de Garland, expongo a continuación las que considero ideas motoras del nuevo modelo de intervención penal que se está configurando en España.

### 1. Protagonismo de la delincuencia clásica.

La delincuencia clásica, esto es, la que gira en torno a los delitos contra intereses individuales, especialmente los de la vida e integridad, propiedad, y libertad en sus diversas facetas, que durante dos siglos ha constituido el grueso de los asuntos abordados en la jurisdicción penal, ha superado el riesgo de pérdida de protagonismo que en algún momento se pensó que iba a sufrir. En efecto, durante las últimas décadas de la segunda mitad del siglo XX parecía asentarse la idea de que el derecho penal debía extender su ámbito de aplicación a la criminalidad propia de los poderosos, y ciertamente se produjeron en el ámbito legislativo avances muy significativos en ese sentido, de entre los que es singular ejemplo el renovado catálogo de delitos introducido por el código penal de 1995. También se han registrado esfuerzos por parte de determinados sectores judiciales para tomarse en serio las antiguas y nuevas previsiones legales que penan comportamientos delictivos habitualmente llevados a cabo por sectores socialmente privilegiados<sup>6</sup>.

Sin embargo, sólo unos pocos años más tarde predomina en la opinión pública una actitud resignada frente a los obstáculos con que ha tropezado el intento de asegurar la operatividad sin excepciones del catálogo de delitos del código penal. Las causas de tal pesimismo son diversas: Por un lado, se tiene la impresión de que los poderosos, mediante asesoramientos técnicos sólo accesibles a personas con su nivel económico o respaldo político, han sido capaces de explotar hasta límites abusivos las garantías del derecho penal y procesal penal, logrando así eludir en gran medida la persecución penal, la condena o el cumplimiento de las sanciones. En segundo lugar, se ha generado la percepción social de que en todas esas intervenciones penales resulta difícil eludir el aprove-

<sup>5</sup> Véase Garland. "The culture of control". The University of Chicago Press. 2001. *passim*, y sintéticamente págs. 6-20.

<sup>6</sup> No creo que la extendida persecución de los delitos relacionados con drogas deba incluirse entre la criminalidad de los poderosos, dado el ambiente socialmente marginal en el que se mueve y sin perjuicio de los importantes beneficios que ciertos sectores de tal delincuencia obtienen.

chamamiento sectario del asunto por parte de los agentes políticos; el fenómeno de la judicialización de la política termina dejando en segundo plano la verificación de la realidad y la valoración de la gravedad de las conductas enjuiciadas, sepultadas bajo acusaciones recíprocas de conductas semejantes.

Un factor adicional, en absoluto desdeñable, ha sido la actitud contemporizadora de la doctrina penal con los obstáculos surgidos en la persecución de este tipo de delincuencia: Lo que comenzó siendo una preocupación por las dificultades conceptuales encontradas a la hora de encajar las nuevas formas de delincuencia propias de los poderosos en los modelos de descripción legal y de persecución del derecho penal tradicional, ha acabado dando lugar a propuestas que conducen a una rebaja significativa en la intensidad de la persecución de esa criminalidad. Resulta sintomático que la discusión teórica sobre la indebida “expansión del derecho penal” no verse, como pudiera imaginarse un profano, sobre las continuas reformas legales encaminadas a endurecer el arsenal punitivo disponible contra la delincuencia clásica sino que, muy al contrario, tenga como primordial objeto de reflexión la conveniencia de asegurar a la nueva criminalidad una reacción penal notablemente suavizada en sus componentes afflictivos. Ello se pretende legitimar mediante la contrapartida de un incremento de la efectividad del derecho penal en ese ámbito, a lograr mediante una disminución de las garantías penales, nunca suficientemente concretada, tampoco justificada y mucho menos creíble<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> En la discusión española, y probablemente en la europea en general, ha formulado la propuesta más perfilada Silva Sánchez. “La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales”. Civitas. 2ª edición. 2001. En esta segunda edición de la obra, en contraste con lo que sucedía en la primera de 1999, el autor ha empezado a caer en la cuenta de que el fenómeno de expansión de la criminalización que padecemos ya no gira tanto en torno a las nuevas formas de delincuencia socioeconómica –por utilizar un término simplificador– como en derredor de la delincuencia clásica a partir de las demandas de “ley y orden”. Sin embargo, la inercia del análisis ya desarrollado en la primera edición le juega una mala pasada. Le conduce a intentar explicar dos fenómenos reales, pero que se mueven en buena parte en direcciones opuestas, como si respondieran a unas mismas causas y a unas mismas exigencias ideológicas. Me refiero, por un lado, a la llamada “modernización” del derecho penal, orientada sustancialmente contra la criminalidad de los *poderosos*, y, por otro lado, a las demandas de “seguridad ciudadana”, dirigidas mayoritariamente contra la delincuencia callejera y clásica y, por tanto, contra los sectores sociales más desfavorecidos y los *marginados*. Y el desenfoque de ese análisis se acentúa, por lo demás, cuando se percibe que, para Silva, lo que marca la pauta en la expansión del derecho penal son precisamente las exigencias de “modernización” y no las de “seguridad ciudadana”.

Basta observar el listado de causas de esa expansión que enumera en el capítulo 2 para apreciar con facilidad que unas sólo dan razón del fenómeno de la “modernización”, otras del referente a la “seguridad ciudadana”, y las más unifican en un solo concepto tendencias que son diversas cuando no directamente contradictorias: Así sucede cuando explica la anticipación de la tutela penal –apartado 2.3– tanto por la necesidad de responder con delitos de peligro a nuevas formas de criminalidad, como por el *riesgo no tecnológico* que crea la desintegración social y la consecuente delincuencia callejera que obliga a incrementar la intervención penal; cuando fusiona el miedo a la inseguridad en las calles con el sentimiento de inseguridad ante el progreso tecnológico –apartado 2.4–; cuando entiende la progresiva relevancia de los intereses de las víctimas como una reacción de las clases sociales más débiles y por ello víctimas, contra las clases sociales poderosas y en esa medida delinquentes, dando un carácter emancipador a una realidad social que está muy lejos de tener tal carácter –apartado 2.6–; cuando en el apartado 2.8 se refiere al papel impulsor de la criminalización que desempeñan los movimientos sociales, sin distinguir entre los que se afanan realmente por incidir en la criminalidad de los poderosos –asociaciones ecologistas, pacifistas, de consumidores...– y aquellos que luchan meramente por el mantenimiento de la ley y el orden –asociaciones vecinales, de comerciantes...–; o, por no seguir con más ejemplos, cuando pasa por alto –apartados 3.1 y 3.2– que una parte significativa, y me atrevería a decir que la más efectiva, de los contenidos de los acuerdos internacionales y comunitarios penales pretenden perseguir la delincuencia clásica –inmigración, delincuencia sexual, tráfico de drogas a cualquier escala...– y no la de los poderosos.

En resumidas cuentas, a mi juicio el análisis de Silva adolece de un defecto original: Concibe la expansión del



Frente al desdibujamiento que los problemas antedichos parecen crear sobre la criminalidad de los poderosos<sup>8</sup>, la delincuencia clásica está más presente que nunca en el imaginario colectivo.

## 2. Prevalencia del sentimiento colectivo de inseguridad ciudadana.

La consolidación de la delincuencia clásica encuentra un apoyo inestimable en la generalización del sentimiento colectivo de inseguridad ciudadana: Como consecuencia de una diversidad de factores, algunos de los cuales serán aludidos más adelante<sup>9</sup>, se han incrementado desde hace unos años en la población tanto la preocupación en general sobre la delincuencia como el miedo a ser víctima de un delito<sup>10</sup>. Tales actitudes se producen además en un contexto peculiar, con dos rasgos especialmente significativos:

Por una parte, la extendida sensación en la sociedad de que las cosas van cada vez peor en temas de prevención de la delincuencia, sensación que se proyecta en una escasa confianza en la capacidad de los poderes públicos para afrontar el problema. Por otra parte, ha desaparecido la actitud de comprensión hacia la criminalidad tradicional, en especial hacia la pequeña delincuencia, actitud muy difundida en los años 70 y 80, y que se fundaba en una comprensión del delincuente como un ser socialmente desfavorecido y marginado al que la sociedad estaba obligada a prestar ayuda; ahora los delincuentes son

derecho penal como un movimiento contra los poderosos, siendo así que, desafortunadamente, la nueva política criminal tiene como preferente objeto de atención, tanto cuantitativa como cualitativamente, a las clases sociales más desfavorecidas y a la delincuencia clásica. Como se argumentará más adelante, esta visión desenfocada de Silva no puede menos que repercutir en las estrategias de abordaje del problema que nos ocupa.

Tiende igualmente a mezclar los fenómenos de “modernización” y de “seguridad ciudadana” bajo el común denominador de “expansión” del derecho penal, *Cancio Meliá*. op. cit. págs. 62-78

<sup>8</sup> Que tal difuminación de los perfiles de este tipo de delincuencia empieza a tener consecuencias prácticas es algo evidente si se analizan ciertas medidas *pretendidamente* encaminadas a mejorar la efectividad de su persecución, como es el caso de la recientemente introducida obligación del ministerio fiscal de poner en conocimiento de los sospechosos el contenido de las diligencias de investigación a ellos afectantes o la limitación de la duración de tales diligencias a seis meses salvo prórroga acordada por el fiscal general del estado –reforma del Estatuto orgánico del ministerio fiscal por LO. 14/2003-, o la significativa elevación en términos absolutos de los cuantías monetarias mínimas para que concurran delitos socioeconómicos como el abuso de información privilegiada en la Bolsa o los contrarios a la Hacienda pública o la Seguridad social - reforma de los arts. 285, 305, 307, 308 y 310 del código penal en virtud de la LO.15/2003-. Con todo, se han de saludar los positivos efectos que para una seria persecución de la delincuencia socioeconómica habrán de tener las previsiones contenidas en la LO 7/2003 relativas a la necesaria satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito para acceder a la libertad condicional o al tercer grado de ejecución de la pena de prisión –arts. 90.1 p.2 código penal, 72.5 y 6 de la Ley general penitenciaria, entre otros preceptos-.

<sup>9</sup> Entre los cuales no puede ser el más importante el efectivo incremento de la tasa de criminalidad en España, que pese al aumento, ya moderado, de los últimos años, sigue estando por debajo de los países de nuestro entorno.

<sup>10</sup> Si la delincuencia y la inseguridad ciudadana eran mencionadas a mediados de 2001 como uno de los tres problemas principales de España por el 9% de los españoles, lo que les colocaba en quinto o sexto lugar de la lista de preocupaciones de la comunidad, durante la mayor parte del año 2003 se referían a ellas porcentajes iguales o superiores al 20%, habiéndose consolidado como la tercera preocupación más importante. De modo equivalente, a mediados de 2001 el miedo a sufrir un delito era uno de los tres problemas personales más importantes mencionado por alrededor del 9% de los encuestados, ocupando el cuarto o quinto lugar en el catálogo de problemas personales de los españoles, mientras que bien entrado 2003 lo consideraban uno de los tres primeros problemas personales entre el 15 y el 20% de los encuestados, ocupando entre el segundo y tercer puesto en el listado de problemas personales. Véase CIS. “Barómetros mensuales”. Un estudio reciente sobre las características del miedo al delito en España se encuentra en *Medina Ariza*. “Inseguridad ciudadana, miedo al delito y policía en España”. Revista electrónica de ciencia penal y criminología. 2003, nº 5-03, págs. 3:6 a 12, y 3:16 a 18.



vistos, sin que procedan distinciones según la gravedad o frecuencia de su comportamiento delictivo, como seres que persiguen sin escrúpulos y en pleno uso de su libre arbitrio intereses egoístas e inmorales, a costa de los legítimos intereses de los demás. Se han puesto de moda calificaciones como las de “predador sexual”, “criminal incorregible”, “asesino en serie”, “jóvenes desalmados”... que reflejan acertadamente el nuevo estatus social, deshumanizado, del delincuente.

Por lo demás, esa preocupación o miedo por el delito ya no se concentran en los ámbitos sociales más conscientes o temerosos de la delincuencia, sino que se han extendido a sectores sociales antes relativamente distanciados de tales sentimientos. La preeminencia de los espacios dedicados a la crónica criminal en los más diversos medios de comunicación, donde ya no es extraño que ocupe los primeros titulares, tiene que ver sin duda, aunque no exclusivamente, con el eco que tales informaciones suscitan en capas amplias de la población<sup>11</sup>.

Ello ha permitido que el miedo o la preocupación por el delito se hayan afincado en la agenda social entre los asuntos más relevantes y, lo que es aún más significativo, que la persistencia y arraigo de tales actitudes se haya convertido en un problema social en sí mismo. En efecto, resulta fácil apreciar que un buen número de programas de intervención penal son diseñados, no tanto para reducir efectivamente el delito cuanto para disminuir las generalizadas inquietudes sociales sobre la delincuencia<sup>12</sup>.

### 3. Sustantividad de los intereses de las víctimas.

Durante mucho tiempo los intereses de las víctimas han quedado subsumidos en los intereses públicos. Su tutela se obtenía en la medida en que la incidencia del delito sobre determinados ciudadanos suponía un perjuicio a los intereses de la sociedad en su conjunto. De hecho, este requisito sigue fundamentando la caracterización del derecho penal como un sector del derecho público, diferenciado del derecho privado. Se ha sostenido incluso el principio de neutralización de la víctima, con el que se quiere expresar que las víctimas deben de tener una capacidad de intervención en la reacción penal lo suficientemente limitada como para no condicionar los intereses públicos que en ella se están sustancialmente dilucidando. En cualquier caso, parecía evidente que un correcto entendimiento de la utilidad pública impedía contraponer toscamente los intereses de las víctimas con los intereses de los delincuentes por un juicio justo y por una ejecución penal atenta a sus necesidades de reintegración social. Ni siquiera el reciente desarrollo de la victimología, con su realce de medidas penales reactivas atentas a satisfacer los intereses de la víctima, puso en cuestión la debida consideración de los intereses del delincuente condenado.

<sup>11</sup> Sobre la controvertida discusión respecto a qué es causa y qué efecto en la relación entre interés social por la delincuencia y atención a ella por los medios, véanse referencias en Díez Ripollés. “La racionalidad...”, op.cit. págs. 25-27.

<sup>12</sup> Esta pretensión ha sido uno de los nichos más fructíferos de la legislación simbólica, aquella que utiliza el derecho penal para fines ajenos a aquellos que fundamentan el uso del derecho penal.. Véase Díez Ripollés. “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, en *del mismo* “Política criminal y derecho penal”. Tirant. 2003. págs. 80 y ss.

Sin embargo, la plausible atención a los intereses de las víctimas ha adquirido en los últimos tiempos algunos sesgos novedosos: Ante todo, son las demandas de las víctimas reales o potenciales, cuando no de unas víctimas arquetípicas sin existencia real ni posible, las que guían el debate políticocriminal, arrumbándose reflexiones más complejas, atentas al conjunto de necesidades colectivas. En segundo lugar, el protagonismo de los intereses y sentimientos de las víctimas no admite interferencias, de manera que la relación entre delincuente y víctima ha entrado en un juego de suma-cero: Cualquier ganancia por parte del delincuente, por ejemplo, en garantías procesales o en beneficios penitenciarios supone una pérdida para la víctimas, que lo ven como un agravio o una forma de eludir las consecuencias de la condena; y, en menor medida, lo mismo vale a la inversa, todo avance en la mejora de la atención a las víctimas del delito es bueno que repercuta en un empeoramiento de las condiciones existenciales del delincuente. Y es que, finalmente, lo que se ha producido es una inversión de papeles: Es ahora la víctima la que subsume dentro de sus propios intereses a los intereses de la sociedad, son sus sentimientos, sus experiencias traumáticas, sus exigencias particulares los que asumen la representación de los intereses públicos; éstos deben personalizarse, individualizarse, en demandas concretas de víctimas, grupos de víctimas, afectados o simpatizantes. El principio de neutralización ha modificado su curso: A las víctimas se les encomienda la tarea de asegurar que argumentaciones complejas y matizadas de los poderes públicos, que pretendan abarcar intereses sociales contrapuestos, sean mantenidas lo suficientemente alejadas como para que no interfieran en la adecuada satisfacción de los intereses de los directamente afectados por el delito<sup>13</sup>.

#### 4. *Populismo y politización.*

Los agentes sociales que resultan determinantes en la adopción y contenido de las decisiones legislativas penales han sufrido modificaciones de gran calado.

Ante todo, los conocimientos y opiniones de los expertos se han desacreditado. Ello reza, desde luego, para las aportaciones procedentes de una reflexión teórica que, paradójicamente, ha logrado en el ámbito de la interpretación y sistematización de la ley penal niveles de precisión y rigurosidad conceptuales inalcanzados por otros sectores del ordenamiento jurídico; sus disquisiciones han dejado de ser, no ya sólo comprensibles, sino dignas de comprensión para influyentes sectores sociales. Pero la reputación de los

<sup>13</sup> Un ejemplo bien ilustrativo de hasta dónde se puede llegar por este camino lo constituyen dos prácticas que se han asentado en EEUU en relación con la aplicación de la pena de muerte. Por la primera de ellas, a efectos de decidir si en un caso de asesinato se debe imponer la pena de muerte o basta con una pena privativa de libertad, la fiscalía puede fundamentar su petición de pena capital, al margen de en la gravedad del hecho cometido, en los graves sufrimientos que la pérdida del ser querido ha causado entre sus parientes y allegados, lo que materializa mediante la presentación de una “declaración de impacto sobre las víctimas”, donde recoge los testimonios y dictámenes pertinentes. Por la segunda, ciertos estados justifican la autorización para que los familiares y allegados de la víctima presencien la ejecución del delincuente en el ambiguo concepto psicológico de “punto final” (closure), que expresaría que los perjudicados por el asesinato recuperan la tranquilidad anímica perdida desde que se produjo el suceso y prolongada durante todo el proceso judicial, cobertura mediática... etc, una vez que perciben directamente la muerte del causante de todas esas perturbaciones. Véase sobre estas dos manifestaciones, *Zimring*. “The Contradictions of American Capital Punishment”. Oxford University Press. 2003. págs 51-64.

especialistas insertos en la práctica judicial o de la ejecución de penas también se encuentra malparada; los jueces son vistos como un colectivo poco fiable, que adopta con frecuencia decisiones alejadas del sentido común, y a los funcionarios de ejecución penal parece sólo preocuparles el bienestar de los delincuentes. Sólo la pericia policial, en su doble faceta preventiva de delitos y perseguidora de los ya cometidos, sigue siendo considerada imprescindible; en este caso, sus eventuales insuficiencias no llevan a cuestionar la utilidad de sus conocimientos, sino a proponer su perfeccionamiento y mejora<sup>14</sup>.

En contrapartida, la experiencia cotidiana del pueblo, su percepción inmediata de la realidad y los conflictos sociales han pasado a ser un factor de primera importancia a la hora de configurar las leyes penales, y pugna por serlo también en la aplicación legal. Lo novedoso, sin embargo, no es que tales experiencias y percepciones condicionen la creación y aplicación del derecho, algo legítimo en toda sociedad democrática, sino el que demanden ser atendidas sin intermediarios, sin la interposición de núcleos expertos de reflexión que valoren las complejas consecuencias que toda decisión penal conlleva. Los portadores de esos nuevos conocimientos son la opinión pública creada por los medios populares de comunicación social, las víctimas o grupos de víctimas y, en último término, el pueblo llano.

Para que estos últimos agentes sociales puedan asentar su relevancia es preciso que los agentes institucionales directamente vinculados con la creación del derecho otorguen a las demandas populares un acceso privilegiado, mediante el que puedan eludir los habituales controles burocráticos que en toda democracia velan por el fundamento de las iniciativas legislativas. A esta labor se aplican en los últimos tiempos con extremado celo fuerzas políticas de todo el espectro ideológico. Las vías para su éxito transitan, de forma singular aunque no exclusiva, por la aceleración del *tempo* legiferante y la irrelevancia, cuando no eliminación, del debate parlamentario e incluso del gubernamental; se trata de que los políticos puedan justificar la omisión de aquellas fases procedimentales en las que el protagonismo corresponde a profesionales expertos en virtud de la urgencia o del carácter indiscutible de las decisiones a tomar, se revistan tal urgencia e inapelabilidad del concepto de alarma social, de perentoriedad del problema, de consenso social, o de cualquier otro recurso retórico. Ello permite a las fuerzas políticas establecer una relación inmediata entre las demandas populares y la configuración del derecho penal, y recolectar, ello mediante, los importantes réditos políticos que esta pretendida democracia directa<sup>15</sup> suministra.

<sup>14</sup> Según una encuesta del Instituto Opina para el diario El País, realizada a fines de 2003, las cinco instituciones mejor valoradas por los españoles son, por este orden, la guardia civil, la monarquía, la policía nacional, las comunidades autónomas, y la policía municipal. El sistema judicial aparece en el último lugar de las instituciones listadas en la pregunta, en el puesto número 14. Véase diario El País. 6-12-03.

<sup>15</sup> “Democracia directa” que abusa de las tramitaciones urgentes, que busca premeditadamente introducir importantes reformas del código penal en los últimos trámites parlamentarios –léase Senado-, o que aprovecha leyes, penales o no, con objetivos muy precisos para colar de rondón reformas penales cuya discusión parlamentaria se quiere evitar. Véanse las importantes reformas de la ley de responsabilidad penal de los menores que se incluyeron en las leyes orgánicas 9/2002, de reformas de los códigos penal y civil en materia de sustracción de menores, y 15/2003, de modificación del código penal; o las irregularidades procedimentales legislativas que han acompañado la incorporación al código penal de los arts. 506bis, 521bis y 576bis, relativos a la convocatoria de referenda

Esta dinámica populista y politizada tiene una serie de rasgos entre los que quizás convenga destacar ahora dos de ellos.

El primero pondría de relieve que el descrédito de los expertos ha pasado de las palabras a los hechos: Al inicial distanciamiento o incompreensión hacia sus propuestas o modo de proceder ha sucedido una activa política encaminada a privarles del margen de discrecionalidad que, debido a su pericia, gozaban en su correspondiente ámbito decisonal. Ejemplos al respecto sobran en estos momentos, especialmente en el campo de la determinación de la pena y de su ejecución: Es el caso de la reducción del arbitrio judicial a la hora de sustituir la pena o medida de seguridad, o el resto de pena por cumplir, impuestas a un extranjero residente ilegal por su expulsión del territorio nacional, o las restricciones en la aplicación del tercer grado, la libertad condicional, los permisos de salida o los beneficios penitenciarios, introducidas, respectivamente, en las LLOO. 11/2003 y 7/2003<sup>16</sup>.

El segundo rasgo se enuncia con facilidad: El manejo excluyente por la plebe y los políticos del debate políticocriminal ha conducido a un marcado empobrecimiento de sus contenidos. Frente a la mayor pluralidad de puntos de vista que hubiera cabido esperar de la directa implicación de esos nuevos agentes sociales en la discusión sobre las causas y remedios de la delincuencia, lo que ha sobrevenido es un debate uniforme y sin matices, en el que se descalifican cualesquiera posturas que conlleven una cierta complejidad argumental o distanciamiento hacia la actualidad más inmediata. El afán por satisfacer antes y más que el otro las más superficiales demandas populares ha metido a los partidos mayoritarios y sus acólitos en una atolondrada carrera por demostrar que son los más duros ante el crimen, y a una sorprendente proximidad de propuestas políticocriminales, que a alguno de ellos le supone la pérdida de su identidad ideológica<sup>17</sup>.

### *5. Revalorización del componente aflictivo de la pena.*

La preeminencia obtenida por los intereses de las víctimas y el populismo han dado respetabilidad social a ciertos sentimientos cuya demanda de satisfacción en otros tiempos se comprendía pero no se atendía; me refiero a los sentimientos de venganza tanto de las víctimas y sus allegados como de la población en general.

A este factor se han añadido otros dos que han terminado de reforzar una transformación significativa del conjunto de objetivos a satisfacer por la pena:

Así, la resocialización del delincuente, pese a su soporte constitucional, ha dejado de tener los apoyos sociales suficientes para constituirse en un objetivo destacado de la ejecución penal. Ciertamente su cuestionamiento se inició entre los expertos, como más arriba hemos señalado<sup>18</sup>, y tuvo una notable influencia en la reestructuración del modelo

ilegales y de allegamiento de fondos para asociaciones y partidos políticos ilegales, entre otros supuestos. Véase también *González Cussac*. . "La contrarreforma penal de 2003. Nueva y vieja política criminal". Revista jurídica galega. nº 38. 2003. págs. 19-21, 32..

<sup>16</sup> Sobre el progresivo desapoderamiento de la discrecionalidad judicial y penitenciaria que se está produciendo, véase también *Maqueda Abreu*. "Crítica a la reforma penal anunciada". Jueces para la democracia. nº 47. 2003. pág. 9.

<sup>17</sup> Véanse referencias igualmente en *Cancio Meliá*. op. cit. págs. 70-75.

<sup>18</sup> Véase apartado I.

jurídico penal en ordenamientos que habían apostado casi en exclusiva por el efecto resocializador de la pena. Pero la formulación de tales objeciones se inició hace ya más de dos décadas, y desde entonces se ha matizado notablemente la percepción experta sobre el tratamiento de los delincuentes. Ahora predomina una aproximación más realista y menos ideologizada a los frutos que pueden ofrecer las diversas técnicas disponibles, con ámbitos de intervención, como el relativo a desintoxicación e inserción de delincuentes drogadictos, que han mostrado sobradamente su efectividad<sup>19</sup>. En el actual estado de cosas resulta, pues, injustificado colocar a la resocialización en un segundo plano frente a otros efectos sociopersonales de la pena como la inocuización, la prevención general o la reafirmación de valores sociales. Sin embargo, la opinión pública tiende a valorar las medidas que, con las miras puestas en la reinserción social del delincuente, flexibilizan la ejecución penal como un conjunto de favores inmerecidos que se hace a los delincuentes<sup>20</sup>.

A esta idea va estrechamente asociada otra, en virtud de la cual ha quedado arrumbada dentro del acervo de explicaciones sociales de la delincuencia aquella que la consideraba en gran medida una consecuencia de las desigualdades sociales, sea a la hora de interiorizar las normas sociales sea a la hora de disponer de los medios para desarrollar el plan de vida personal. Desde una visión marcadamente consensual de la sociedad, que minusvalora las diferencias de oportunidades entre sus miembros, la delincuencia se percibe como un premeditado y personalmente innecesario enfrentamiento del delincuente con la sociedad, que exige una respuesta que preste la debida atención a la futilidad de las motivaciones que han conducido a ella<sup>21</sup>.

El conjunto de los tres factores ha fomentado una serie de modificaciones sustanciales en el sistema de penas y su ejecución que en buena parte se inspira simplemente en el deseo de hacer más gravosas para el delincuente las consecuencias derivadas de la comisión de un delito. Baste con mencionar la introducción de penas de privación de libertad cuya duración práctica se acerca, en contra de una tradición bisecular en España, a la reclusión de por vida<sup>22</sup>, el notable endurecimiento del régimen penitenciario mediante el establecimiento de condiciones más estrictas de acceso al régimen de cumplimiento

<sup>19</sup> Véase una revisión empírica de la eficacia de los tratamientos, moderadamente optimista, en *Redondo*. "Criminología aplicada: Intervenciones con delincuentes, reinserción y reincidencia". Revista de derecho penal y criminología. 2ª época. 1998. nº 1. págs 189 y ss. Información valiosa sobre la disponibilidad de tratamientos genéricos y específicos en las prisiones españolas se encuentra en *Cid Moliné*. "El sistema penitenciario en España". Jueces para la democracia. nº 45. 2002. págs. 21-22.

<sup>20</sup> Sólo el tratamiento en general de los drogadictos delincuentes, así como los tratamientos que no conllevan una flexibilización significativa del régimen de cumplimiento de la pena, se aceptan sin reticencias por la población.

<sup>21</sup> A ello no es obstáculo el estatus deshumanizado que el delincuente adquiere en el imaginario social, precisamente y de forma paradójica debido a su previa consideración como un ciudadano que, como cualquier otro, ha disfrutado de igualdad de oportunidades. Véase al respecto lo que ya mencionamos en el apartado II.2.

<sup>22</sup> Véanse los nuevos arts. 76 y 78 del código penal, tras la redacción derivada de la LO. 7/2003. Es cierto que en otras épocas, sin ir más lejos durante el franquismo, existían penas de prisión hasta de 40 años, pero la institución de la redención de penas por el trabajo las reducía de forma prácticamente automática en una tercera parte, lo que ahora ya no es posible.

Los cambios que se han producido en el modelo penal han llevado en otros países a la reintroducción o expansión de la pena de muerte, o a la readmisión de penas corporales. Véanse referencias en *Garland*. op.cit. págs. 9, 142, 213, 257.

en tercer grado o a la libertad condicional<sup>23</sup>, el renacimiento de las penas infamantes, como es el caso de la publicación de listas de maltratadores o delincuentes sexuales<sup>24</sup>, o el aseguramiento de una efectiva persecución de determinados delincuentes mediante el compromiso de ejercicio de la acción popular por órganos del poder ejecutivo de las comunidades autónomas.

#### *6. Redescubrimiento de la prisión.*

El que la prisión es una pena problemática se ha convertido en un tópico, en el moderno doble sentido de la palabra, que ha estado presente en la reflexión políticocriminal desde hace bastantes décadas. En especial durante la segunda mitad del siglo XX se convirtieron en lugar común una serie de consideraciones bien fundadas sobre los efectos negativos del encarcelamiento sobre los directamente afectados y sobre la sociedad en general. Mientras las penas largas de privación de libertad se consideraban inhumanas por la destrucción de la personalidad del recluso que solían conllevar, así como socialmente contraproducentes por generar inadaptación del recluso a cualquier futuro reingreso en la comunidad, las penas cortas de prisión se consideraban un factor de primer orden en la consolidación de pautas comportamentales delictivas en delincuentes de poca monta mediante el contagio con sus pares, ejerciendo un efecto socializador inverso al precisado. Ello fomentó, en especial en los países que más habían avanzado en el modelo resocializador, y como ya hemos señalado<sup>25</sup>, un fuerte movimiento favorable a buscar penas que pudieran sustituir total o parcialmente con ventaja a la pena de prisión. Es el momento de desarrollo de sistemas efectivos de penas pecuniarias, de la aparición de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad, de arrestos discontinuos, de libertades vigiladas o a prueba en sus diversas modalidades, de la revalorización de la reparación del daño como sustituto de la pena, y de los regímenes flexibles de ejecución penitenciaria.

Es cierto que en España el escepticismo hacia la pena de prisión sólo fue capaz de superar el ámbito teórico o académico cuando se iniciaron los trabajos de elaboración de un nuevo código penal, pero, aunque tarde, el nuevo código penal de 1995 constituyó una aportación significativa en ese sentido. Junto a la trascendente decisión de eliminar las penas de prisión inferiores a los seis meses, y la búsqueda de la efectividad en la penas pecuniarias mediante la adopción del sistema de días-multa, se integraron en el sistema de penas nuevas sanciones como la de trabajo en beneficio de la comunidad o los arrestos de fin de semana, directamente encaminados a eludir desde un principio, o mediante su papel como sustitutivos, a una pena de prisión cuestionada. No se olvidó tampoco de potenciar la institución de la suspensión de la ejecución de la pena de prisión, ni de flexibilizar el régimen penitenciario, en especial en lo relativo a la obtención del tercer grado o la libertad condicional.

<sup>23</sup> Véanse referencias supra. En otros países se han restablecido las cuerdas de presos. Véase *Garland*. *Ibidem*.

<sup>24</sup> Véanse referencias en *Silva Sánchez*, op. cit. pág. 147. En ciertos ordenamientos se ha recuperado la obligación de los reclusos de portar uniformes infamantes –a rayas...-. Véase *Garland*. *Ibidem*.

<sup>25</sup> Véase apartado I.

Sin embargo, una cosa es la plasmación en el código penal de este relativo distanciamiento de la pena de prisión, y otra cosa su real puesta en práctica. La mayor parte de esas medidas destinadas a ser una alternativa a la pena de prisión nacieron huérfanas de los medios materiales y personales necesarios para su efectivo desarrollo. Las razones por las que un legislador genuinamente interesado en este cambio de rumbo en la ejecución penal pudo desatender aspectos tan esenciales de su decisión legislativa no son fáciles de comprender: Junto a la defectuosa técnica legislativa usual en nuestro país, en la que los preceptivos estudios sobre la futura implementación de las leyes no trascienden su cualidad de mero trámite del expediente administrativo, hay que pensar en el escaso hábito de operar con medidas propias del estado del bienestar, como lo eran sin duda muchas de las modificaciones propuestas, que exigen inevitablemente nuevas aportaciones de recursos; a ello habrá que unir las rutinas judiciales y penitenciarias y, finalmente, el cambio político que sobrevino al poco tiempo, con el acceso al gobierno de una opción ideológica que se había mantenido al margen, cuando no opuesto, a la reorientación propuesta en el nuevo código.

Sea como sea, lo cierto es que el sistema días-multa no ha impedido que la cuantía de las multas se siga calculando de modo semiautomático, sin atender apreciablemente a la diversa capacidad económica de los culpables, que la pena de arresto de fin de semana ha desaparecido sin haberse desarrollado a fondo sus potencialidades, dada la carencia de infraestructura material y personal, y que el trabajo en beneficio de la comunidad apenas se aplica debido a la falta de los correspondientes convenios con las instituciones que pudieran acoger a los trabajadores comunitarios. Las posibilidades de un tratamiento en libertad propias de la suspensión de la ejecución de la pena, el tercer grado o la libertad condicional no se han aprovechado más allá del ámbito de la drogodependencia, y la indudable mejora de la infraestructura penitenciaria, ahora de nuevo superada por el incremento de ingresos, se ha centrado en las condiciones de habitabilidad, descuidando la dotación de medios personales y materiales para las metas resocializadoras inherentes al régimen penitenciario<sup>26</sup>.

Mientras todo este frustrante proceso sucedía en nuestro país, en naciones de nuestro entorno cultural en las que estaba bien asentado el sistema de penas alternativas a la prisión se estaba produciendo un acelerado proceso de recuperación del prestigio de las penas privativas de libertad, lo que estaba dando lugar a las correspondientes reformas legales. Su reacreditación no tiene que ver con una mejora de sus potencialidades reeducadoras, que siguen considerándose escasas o negativas, sino con su capacidad para garantizar otros efectos sociopersonales de la pena: En primer lugar, los intimidatorios y los meramente retributivos, que con la adquisición por el delincuente del estatus de persona normal y el ascenso de los intereses de las víctimas han pasado al primer plano; en segundo lugar, los efectos inocuizadores, en virtud de los cuales se responde con el aislamiento social y reclusión del delincuente al fracaso de la sociedad en la resocialización de sus desviados y, sobre todo, a su negativa a asumir los costes económicos y

<sup>26</sup> Sobre la limitada aplicación de las penas alternativas a la prisión en los juzgados de lo penal, véase el ilustrativo estudio empírico coordinado por *Cid/Larrauri*. "Jueces penales y penas en España (Aplicación de las penas alternativas a la privación de libertad en los juzgados de lo penal)". Tirant. 2002. *passim*.



sociales vinculados al control de la desviación en sus orígenes mediante las correspondientes transformaciones sociales<sup>27</sup>.

Dada la inestable evolución española, no es de extrañar que ese movimiento pendular haya encontrado campo abonado en nuestro país en cuanto se han producido unas mínimas condiciones favorables, como un transitorio incremento de la criminalidad y un gobierno y oposición mayoritaria que pugnan por destacar en su lucha contra el crimen. Los frutos ya están en nuestras manos: Sin haberse llegado nunca a ensayar seriamente las penas alternativas a la prisión, las reformas de 2003 han recuperado las penas cortas de prisión de tres meses en adelante en paralelo a la supresión del arresto de fin de semana, se ha incrementado la duración de las penas largas de prisión, se han introducido importantes rigideces en el régimen penitenciario.

### *7. Ausencia de recelo ante el poder sancionatorio estatal.*

El derecho penal moderno se ha ido construyendo desde hace algo más de dos siglos dentro de un cuidadoso equilibrio entre la debida consideración del interés social en la protección de ciertos bienes fundamentales para la convivencia, y la persistente preocupación por evitar que ese logro conlleve una intromisión excesiva de los poderes públicos en los derechos y libertades individuales de los ciudadanos. Esa doble orientación ha originado que los modelos de intervención penal contemporáneos, cualesquiera que estos fueran, estuvieran siempre refrenados en su tutela de los intereses sociales por una nunca ausente desconfianza de la ciudadanía hacia la capacidad de los poderes públicos para hacer un uso moderado de las amplias posibilidades de actuación que les otorgaban los instrumentos de persecución delictiva y ejecución de penas.

Esta falta de confianza se asienta, por lo demás, en una tradición pocas veces interrumpida en el derecho penal moderno. Sin duda, es el elemento más característico del modelo de intervención garantista, pero también ha sido un componente destacado del modelo resocializador: Más allá de lo que pudiera mostrar una visión superficial de su funcionamiento, en él se adoptan las mismas cautelas, cuando no mayores, a la hora de establecer el ámbito legítimo de actuación de los poderes públicos encargados del descubrimiento y enjuiciamiento de las conductas delictivas. Ha sido, por el contrario, la presencia de unas expectativas, que luego se han mostrado exageradas, en la capacidad de las ciencias del comportamiento para hacer el *bien* al delincuente lo que ha desencadenado los excesos en el campo de la ejecución penal, que ya hemos comentado.

Pero las actitudes sociales están experimentando en estos momentos un cambio que, a mi entender, no tiene antecedentes en las sociedades democráticas modernas. Es cierto que determinados periodos históricos con regímenes políticos autoritarios suscitaron en las masas sociales que los sustentaban, eliminados o acallados los vencidos o discrepantes, una crédula despreocupación por los métodos negadores de los derechos y libertades individuales empleados por los poderes públicos para controlar la delincuencia. Y también lo es que en regímenes democráticos se ha tenido demasiadas veces éxito en

<sup>27</sup> Véanse las referencias en Garland. op. cit. págs. 89, 175-179, 148-150, 154-165; Silva Sánchez. op. cit. págs. 141-147.

aislar y demonizar determinados ámbitos delincuenciales, de modo que en su persecución pudiera valer todo: En nuestro país, las conductas terroristas o las relativas a drogas son buenos candidatos a ejemplo.

Sin embargo, lo que ahora está sucediendo tiene matices nuevos: En el marco de sociedades democráticas, con un amplio elenco de libertades individuales legalmente reconocidas y efectivamente ejercidas, se está generalizando la idea de que hay que renunciar a las cautelas existentes encargadas de prevenir los abusos de los poderes públicos contra los derechos individuales, a cambio de una mayor efectividad en la persecución del delito. Y esa disponibilidad no se confina a ámbitos criminales bien delimitados, sino que se extiende al control de la delincuencia en su totalidad, sin que la mayor visibilidad que, a no dudar, tiene la que hemos llamado delincuencia clásica deje fuera de este modo de proceder la delincuencia de cualquier signo. Dicho de otra manera, los ciudadanos no delinquentes ya no temen a los poderes públicos en el ejercicio de sus funciones represivas, no se sienten directamente concernidos por los excesos que con este fin puedan llevar a cabo. Y esto sí que es una alarmante novedad en las sociedades democráticas.

Esa progresiva falta de recelo hacia el uso del instrumental punitivo está permitiendo, en primer lugar, reformas impensables hace poco tiempo. Basten como ejemplo la paulatina generalización de la vigilancia de espacios y vías públicas mediante cámaras y otros artefactos de control visual y auditivo, la simplificación de los procedimientos de adopción de medidas cautelares penales y aun civiles<sup>28</sup>, la facilitación de la prisión preventiva<sup>29</sup> y la disminución del control judicial de los procedimientos penales mediante los juicios rápidos<sup>30</sup>. Y en segundo lugar, está prestigiando modos de operar jurídicamente en los que el debido respeto de los derechos y libertades individuales quedan en un segundo plano: En la policía, superado el distanciamiento popular que arrastraba desde los años de la dictadura, la eficacia y prontitud que se le demanda en la persecución del delito y descubrimiento de los culpables permite disculpar fácilmente actuaciones apresuradas que inciden sobre objetivos equivocados; el legislador ha de mostrar una clara disposición a convertir en delito cualquier problema social; los jueces han de ser capaces de sortear los obstáculos de derecho material y procesal que puedan surgir, con tal de asegurar una justicia acorde en tiempo y forma a las demandas populares; y la principal misión de los funcionarios de ejecución de penas es garantizar en todo momento que el delincuente no es tratado de un modo demasiado generoso.

#### *8. Implicación de la sociedad en la lucha contra la delincuencia.*

Durante mucho tiempo el epígrafe precedente significaba que la comunidad asumía su responsabilidad en la génesis de la delincuencia, y que se aprestaba a estimular y desarro-

<sup>28</sup> Como en el caso de la reciente regulación de la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, contenida en la L. 27/2003 de 31 de julio.

<sup>29</sup> A partir de las LLOO 13/2003 y 15/2003.

<sup>30</sup> Dada el protagonismo adquirido por el impulso policial del procedimiento, así como el incremento de las conformidades. Véase LO 8/2002. Según datos facilitados a la prensa a comienzos de 2004 por el Consejo general del poder judicial, en alrededor de un 50% de los casos tramitados por el procedimiento de enjuiciamiento rápido se dicta sentencia de conformidad.

llar iniciativas dirigidas a eliminar la exclusión social de ciertos ciudadanos. Se trataba de brindar apoyo familiar, laboral, asistencial, a los delincuentes o a las personas en trance de convertirse en tales. La meta era anticiparse a la intervención de los órganos formales de control social –policía, administración de justicia...- mediante el reforzamiento de los vínculos sociales de esas personas. Ahora los mismos términos significan otra cosa, cómo mejorar la colaboración con la policía en la prevención del delito e identificación y detención de los delincuentes.

En nuestro país apenas se ha desarrollado lo que en otros países se ha llamado prevención comunitaria, correlato de la prevención policial. Ciertamente, el énfasis en los objetivos perseguidos puede variar significativamente, más centrada la comunidad en su deseo de eliminar la inseguridad y miedo generados por la delincuencia en el espacio social donde tiene lugar la interacción social, y en asegurar unas compensaciones satisfactorias por los daños causados, mientras que para la policía la delincuencia es sobre todo un problema de orden público. Pero en último término todo se reduce a que la comunidad, mediante una estrecha colaboración con la policía, aprenda y acepte poner en práctica por sí misma técnicas y habilidades que permitan sustituir o incrementar la eficacia de las intervenciones policiales para prevenir o perseguir el delito. De esos afanes han surgido valiosos programas de diseño urbanístico o viario anticrimen, útiles programas de difusión de técnicas de autoprotección de las víctimas o de demanda de intervención inmediata<sup>31</sup>, pero también programas de control vecinal que capacitan a los residentes de un barrio para informar de cualquier ciudadano desconocido y de aspecto inusual que transite por sus calles lo cual, en aras a su mayor eficacia intimidatoria, se recuerda mediante los correspondientes indicadores callejeros<sup>32</sup>, o policías de proximidad una de cuyas funciones específicas es recoger la mayor cantidad posible de información vecinal *en principio* delictivamente intrascendente.

Pero la directa implicación de la comunidad en la persecución del delito no queda limitada a tareas de colaboración con la policía, sino que cada vez más los poderes públicos fomentan el desempeño por la propia comunidad de las funciones propias de los órganos formales del control social.

La expansión de la seguridad privada en nuestro país y en los países de nuestro entorno supone una dejación generalizada de responsabilidades por parte de los poderes públicos en relación con uno de sus cometidos fundamentales, la salvaguarda del orden público. Los argumentos eficientistas que pretenden justificar esa retirada masiva de las fuerzas de orden público de tantos espacios colectivos ignoran unos cuantos argumentos de fondo, desde la exigencia democrática de que el estado es el único que ha de tener el monopolio de la fuerza, hasta la constatación de que el diferenciado acceso a la seguridad privada es un nuevo y creciente factor de desigualdad social. Y tampoco quieren recordar unas cuantas razones que versan precisamente sobre la eficiencia, desde las defectuosas prestaciones llevadas a cabo por un sector profesional cuyo meteórico incremento de efectivos ha contrastado con el notorio desinterés de la administración pública en el

<sup>31</sup> Es el caso de las diversas actuaciones españolas de mejora de la prevención y persecución de la violencia doméstica.

<sup>32</sup> Conocidos en los países anglosajones como “Neighbourhood Crime Watch” o términos equivalentes.

aseguramiento de su capacitación, hasta los motivos que han impedido a las fuerzas de orden público acometer una reestructuración que les hubiera hecho capaces de atender adecuadamente a la mayoría de esas demandas sociales de seguridad que ahora ha de atender, a su costa, la comunidad.

La asunción del control social penal por parte de la sociedad civil se extiende asimismo a fases posteriores a la de prevención o persecución policiales: Es conocido que países cercanos a nosotros han desarrollado un sistema privado de establecimientos penitenciarios, lo que no ha dejado de sorprender en amplios sectores sociales. Pero deberíamos de ser conscientes de que España ya ha entrado decididamente en esa dinámica: El sistema de ejecución de las medidas imponibles a menores responsables de delitos descansa ya en gran medida en una red de centros e instituciones privadas, concertadas con la administración pública competente, en la que agentes privados ejecutan, entre otras, medidas de internamiento prolongadas y aplican el régimen disciplinario legalmente previsto. En el ámbito de la ejecución de penas de adultos, tampoco pueden pasarse por alto los ingresos de drogadependientes con pena suspendida o en libertad condicional en centros cerrados de desintoxicación regidos por agentes privados.

Sin necesidad de entrar ahora en consideraciones sobre la legitimidad o la eficiencia de todas estas actuaciones comunitarias, lo decisivo a nuestros efectos argumentales es la constatación de que todo este fenómeno de implicación de la sociedad en el control de la delincuencia ha desplazado las energías de la comunidad *del afán por lograr la inclusión social de los desviados al interés por garantizar la exclusión social de los delincuentes*. Lo que constituye un cambio en las actitudes sociales ante la delincuencia de primera magnitud.

### 9. Transformación del pensamiento criminológico.

A los embates que está recibiendo el control experto de la criminalidad, y que ya señalamos más arriba<sup>33</sup>, hay que añadir una profunda transformación del abordaje de la delincuencia por uno de los sectores expertos más relevantes, la criminología. Durante las décadas de los 50, 60 y parte de los 70 del siglo pasado, el estudio empíricosocial del delito y del delincuente se centró en un enfoque etiológico que percibía la mayor parte de la delincuencia como un producto de la marginación y privación sociales: La defectuosa socialización, la escasez de oportunidades, el alojamiento en los márgenes de la sociedad del bienestar, junto con alteraciones comportamentales estrechamente vinculadas a lo anterior, explicaban convincentemente la criminalidad. La solución a esta disfunción social también estaba clara: Reforzamiento de los instrumentos bienestarristas de integración social, medidas resocializadoras de los delincuentes. Los 70 y los 80 presenciaron una acentuación de esta aproximación metodológica, cuando desde la teoría del etiquetamiento y los más amplios enfoques de la criminología crítica las instituciones sociales que tenían encomendadas tareas de integración y de control sociales pasaron a ser consideradas factores directamente configuradores y generadores de la delincuencia: Eran sus sesgadas y poco fundamentadas decisiones de intervención las que terminaban

<sup>33</sup> Véase apartado II.4.

decretando dónde se encontraba la delincuencia y quiénes eran los delincuentes. La solución pasaba por una transformación de la estructura política de nuestras sociedades.

Desde los 90 del pasado siglo la criminología ha experimentado un profundo cambio de perspectiva: Ya no son la marginación o exclusión sociales ni siquiera las instituciones de integración y control sociales las que crean delincuencia, sino que la delincuencia surge por defecto, es la consecuencia de la ausencia de un suficiente control social, y lo que procede es incrementar este último.

En el mejor de los casos esa demanda de mayor control social no deja de reconocer el trasfondo de desigualdad social inherente a la mayor parte de los comportamientos delictivos, pero admite que los esfuerzos de integración social de esos sectores desfavorecidos deben ir precedidos de los directamente encaminados a garantizar la seguridad ciudadana, una seguridad que beneficia ante todo a los colectivos socialmente más desprotegidos y cuyo ejercicio es aconsejable supervisar estrechamente para evitar abusos<sup>34</sup>. Pero esta visión es todavía heredera de los enfoques anteriores, y resulta desde sus inicios sobrepasada por otras aproximaciones metodológicas.

Acomodadas o no dentro de lo que se ha venido en llamar la criminología administrativa o la criminología actuarial<sup>35</sup>, predominan orientaciones que niegan o se abstienen de resaltar el pretendido trato desigual de la sociedad o de sus instituciones hacia los que terminan convirtiéndose en delincuentes. En contraste, los delincuentes serían personas normales, bien integradas o integradas aceptablemente en la comunidad, que actúan de modo racional y que se limitarían a aprovechar las oportunidades de delinquir que se les ofrecen. Las soluciones a tales tentaciones han de transitar por dos vías fundamentales: Por una parte, reforzando los efectos reafirmadores de la vigencia de las normas e intimidatorios, propios de penas suficientemente graves; dado que estamos ante ciudadanos que se comportan racionalmente, incorporarán fácilmente a su proceso motivacional tales costes, y terminarán desistiendo de realizar comportamientos delictivos. Por otra parte, hay que desarrollar políticas de prevención situacional, que desplazan la atención desde el delincuente al delito, y se centran en reducir las oportunidades para delinquir; ello exige hacer menos atractivos los posibles blancos delictivos mediante la introducción de medidas de seguridad de todo tipo, algunas de mero sentido común, las más incorporando medios técnicos, unas a ejecutar directamente por la comunidad, otras a desenvolverse en el nivel de control social institucional, todas ellas expresivas de una opción de lucha contra la delincuencia que ha decidido detenerse en el plano más superficial del comportamiento delictivo, sin interesarle las causas profundas de él.

Tampoco han faltado orientaciones, como la criminología feminista, que, sin desconocer las causas profundas de determinados comportamientos delictivos, ha dado la primacía a las intervenciones penales frente a otro tipo de intervenciones sociales y, en consecuencia, ha sido una de las principales impulsoras de lo que podríamos denominar el *bienestarismo autoritario*. En efecto, esta corriente de pensamiento ha puesto acerta-

<sup>34</sup> Planteamientos en esta línea podrían ser compartidos por la llamada criminología de la clase obrera o los nuevos realistas de izquierda.

<sup>35</sup> Véanse referencias en Larrauri Pijoan. "La herencia de la criminología crítica". Siglo XXI eds. 1991. págs. 143 y ss; Garrido/Stangeland/Redondo. "Principios de criminología". 2ª edic. 2001. Tirant. págs. 384-390.

damente de manifiesto la necesidad de desmontar la sociedad patriarcal, la cual ha sido capaz de superar, apenas alterada, las profundas transformaciones sociales que han tenido lugar en el siglo XX y de mantener, consiguientemente, insostenibles desigualdades sociales entre los géneros. Pero, además, la mayoría de las perspectivas feministas, a la búsqueda de una enérgica reacción social ante tal estado de cosas, han tenido éxito en extrapolar la significativa presencia en esa actitud patriarcal de conductas violentas hacia las mujeres, al conjunto de comportamientos sociales lesivos de los derechos individuales de éstas, de forma que se ha generalizado la imagen social de que la violencia es el vector explicativo de la desigualdad entre los géneros. Así ha conseguido que esta desigualdad se perciba indiferenciadamente como un problema de orden público, para cuya solución los mecanismos preferentes han de ser los penales.

Ello origina que el discurso se centre, en primer lugar, en asegurar una punición suficientemente grave de un número significativo de comportamientos patriarcales, ya no necesariamente violentos<sup>36</sup>, mediante una entusiasta reivindicación de la pena de prisión y un paralelo desprecio de las pretensiones resocializadoras hacia los delincuentes, consideradas inútiles e indebidamente detractoras de recursos hacia las víctimas. En segundo lugar, asegurado el castigo, la ineludible transformación de las pautas y actitudes patriarcales difundidas por todo el tejido social encuentra de nuevo en el derecho penal un instrumento técnico privilegiado, dada su pretendida capacidad para promover cambios sociales a través de sus efectos simbólicos: Ello le otorga una función pedagógica superior a la de cualquier otro tipo de intervenciones sociales, las cuales, sin desaparecer, quedan en un segundo plano ante la potencia socialmente transformadora del derecho penal.

### III. Posicionamiento y estrategias.

Una vez identificado ese conjunto de actitudes sociales, deberíamos evitar la tentación de limitarnos a reiterar el desdén hacia la mayor parte de estas evoluciones sociales. Propongo que no olvidemos intentar comprender la postura del otro y su solidez, antes de plantearnos qué procede hacer y qué estrategias hay que desarrollar para conseguirlo.

#### 1. Los errores del garantismo.

Ese intento de comprensión debiera comenzar por reconocer los errores cometidos por un pensamiento penal férreamente anclado en el modelo garantista. Desde la seguridad que da la indiscutible pertenencia de la mayor parte de nosotros a este modelo de reflexión jurídico-penal, es hora de que iniciemos una seria autocrítica.

<sup>36</sup> Véase, por ejemplo, el nuevo estatus penal otorgado a las *amenazas* en el marco de la denominada violencia doméstica mediante su incorporación al delito de lesiones, sea de forma directa a través de la transformación de las faltas en delito, sea mediante la incorporación a él de la violencia psíquica. Un fenómeno semejante se ha producido con la autonomía adquirida por el concepto amplio de amenazas que ha dado lugar al delito de acoso sexual y con el que se anuncia respecto al acoso laboral. Cfr. arts. 153 y 184 del código penal, tras las reformas de 2003 y 1999, respectivamente.

Pecado original del garantismo ha sido su inmovilismo. La defensa de ciertos principios considerados intocables le ha llevado a convertirse en un peso muerto, en una fuerza negativa, a la hora de abordar cualesquiera iniciativas de control social dirigidas a resolver nuevas e ineludibles necesidades sociales. Eso se puede ejemplificar, por el momento, en tres aspectos:

El primero podría ser su olímpico desprecio hacia todo lo que suponga abandonar el cómodo hogar de los principios. Su descuido de las aproximaciones empíricas a la realidad del delito y del delincuente ha permitido que su discurso políticocriminal se haya mantenido inmune a los cambios sociales que se han ido sucediendo. No se trata tanto de recordar una vez más la incomprensible desconsideración por su parte del estatus científico que se merece la criminología, sino de llamar la atención sobre la capacidad del modelo garantista para ignorar ciertas realidades que contradicen sus orientaciones políticocriminales: Quizás la insensibilidad hacia la degradación de la convivencia en determinados barrios en los que se concentraba el tráfico y consumo de heroína durante la pandemia de los años 80 y 90, y hacia las iniciativas vecinales al respecto, es un ejemplo que afecta directamente a algunos de nosotros.

A estos últimos efectos, el garantismo se ha servido machaconamente de un principio tan poliédrico y confuso como el de intervención mínima<sup>37</sup> para descalificar un buen número de iniciativas de activación del derecho penal que luego, sin embargo, han mostrado una eficacia o efectividad aceptables sin que, por lo demás, hayan puesto en peligro principios básicos. Pensemos en las duras críticas formuladas al nuevo código penal por la criminalización de conductas en el campo del derecho societario, bursátil o del ámbito socioeconómico en general, en las reticencias a las reformas penales encaminadas a una mejor persecución del terrorismo callejero o de baja intensidad, y en las objeciones de principio a una utilización del derecho penal para afrontar la violencia doméstica. El que ahora tales actuaciones no sean objeto de crítica por el garantismo no nos exime de recordar lo que se dijo en el momento de su implementación.

Por último podríamos citar la incomprensible actitud según la cual la reflexión jurídicopenal se debe concentrar en una correcta interpretación de las leyes, ya que es mediante el aseguramiento de una aplicación judicial del derecho acorde con los principios garantistas, salvaguardada en último término por el tribunal constitucional, como se satisfarán las aspiraciones del derecho penal mínimo. Encerrados, consecuentemente, en la torre de marfil de la dogmática, desdeñosos de los vaivenes políticos, hemos dejado que los encargados de elaborar las leyes operen sin el apoyo de elaboraciones teóricas y sin estar sometidos a constricciones normativas dignas de consideración. Como era de esperar, a la hora de interpretar esas leyes nuestros bienintencionados propósitos han tropezado con los propios límites por nosotros trazados: Atrapados en el principio de legalidad sólo nos queda, bien cuestionar a éste, con lo que minamos el edificio dogmático laboriosamente construido, bien esperar a tiempos mejores limitándonos a realizar una insignificante labor de zapa de la ley vigente mediante interpretaciones forzadas de ella.

<sup>37</sup> Véase una crítica a su misma formulación en Díez Ripollés. "La racionalidad...". op. cit. págs. 143-144.



En resumidas cuentas, la imagen de la academia jurídicopenal en los últimos tiempos roza en demasiadas ocasiones la irresponsabilidad. Nos resistimos a entrar en las cuestiones políticocriminales candentes, para evitar ser abrasados en ellas, y preferimos refugiarnos en el templado mundo de los conceptos jurídicos. Con ello renunciamos a desempeñar las tareas sociales que nos competen, incumplimiento que disimulamos torpemente mediante el empleo descalificante de un conjunto de lugares comunes.

## 2. El discurso de la resistencia.

Quizás, de todos modos, no haya que perder los nervios. Podemos estar ante un fenómeno pasajero. Para nadie es un secreto que todo el mundo occidental desarrollado está registrando en las dos últimas décadas un generalizado reflujo del estado del bienestar que, además de hacer difícil en ocasiones la distinción entre políticas conservadoras y progresistas, ha hecho que en nuestra sociedad haya arraigado un individualismo exacerbado, en el que cualesquiera explicaciones de la delincuencia que aludan a factores estructurales tengan dificultades para abrirse paso frente a las más simplistas referencias al libre arbitrio del delincuente. Pero las negativas consecuencias sociales de tales programas de actuación ya son manifiestas en muchos países y es previsible que sigan incrementando su visibilidad en éstos y en otros países<sup>38</sup>.

España no es una excepción, y el ya prolongado ciclo conservador en el que nos encontramos está haciendo sentir claramente sus efectos sobre el modesto estado de bienestar laboriosamente construido en los años 80 y comienzos de los 90; y es de esperar que también entre nosotros se acumulen los datos sobre las nefastas consecuencias sociales a que tal política está dando lugar<sup>39</sup>.

De todas formas, a la espera de la reversión del fenómeno, no debiéramos olvidar el pavor electoralista de una parte de la izquierda. La adhesión de los socialistas a la política de ley y orden permite augurar que no saldremos tan fácilmente de ese ciclo en lo que se refiere a materias afectantes a la seguridad ciudadana. Con cierto retraso respecto a sus homólogos británicos o franceses, la izquierda moderada española parece haber abrazado los postulados de la llamada criminología de la clase obrera o de los nuevos realistas de izquierda<sup>40</sup>, y ha convertido la seguridad ciudadana en objetivo prioritario de la lucha contra la delincuencia, abandonando su tradicional aproximación a la criminalidad desde las causas y no desde los síntomas.

Ante esta situación, el discurso de la resistencia tiene dos tareas delante de sí. Por un lado, reaccionar enérgicamente ante las propuestas entreguistas que, dentro de la propia reflexión jurídicopenal, propugnan legitimar la reciente evolución políticocriminal, vista como un fenómeno inevitable. Por otro lado, contraatacar plantando cara a los agentes sociales responsables de este estado de cosas políticocriminal.

<sup>38</sup> Véase de todos modos el ilustrativo análisis empírico de *Scheingold*. "The politics of street crime". Temple University Press. 1991. págs. 29-71, 163-192, sobre los diferentes periodos de politización del tema de la criminalidad en EEUU, y sus dudas respecto al carácter efímero y coyuntural que inicialmente les había atribuido.

<sup>39</sup> Una sugerente -¿y consoladora? interpretación de las recientes reformas penales como desarrollo de la política criminal de la derecha en el poder, sin dejar de reconocer, con todo, la deriva socialista, se encuentra en *González Cussac*. op.cit. págs. 13-19, 22, 24, 28.

<sup>40</sup> Véase lo dicho supra en apartado II.9.

En cuanto a lo primero, hay que rechazar aquellas posturas que pretenden dar carta blanca a los poderes públicos en su lucha contra la delincuencia. Así, la tesis conocida como el “derecho penal del enemigo”<sup>41</sup>, que propugna la creación de un derecho represivo excepcional, aligerado de garantías y usuario de penas extremadamente duras, para determinadas formas de delincuencia que van desde la terrorista, pasando por muy diversos tipos de delincuencia organizada, hasta la delincuencia clásica o callejera habitual o profesional, constituye una defección en toda regla, con armas y bagajes, al campo de la ideología de la seguridad ciudadana. Su pretensión de fundamentar los excesos de intervención penal propuestos en el dato de que estamos ante individuos que han decidido autoexcluirse de los valores y normas de la sociedad en la que viven, lo que justificaría su consideración como extraños a la comunidad, muestra un sinnúmero de incongruencias, que no es éste el lugar para destacar.

Baste con decir que, ante todo, supone la asunción del fin preventivo especial de la inocuización del delincuente, su aislamiento social, como fin prácticamente exclusivo de la pena en relación con esos delincuentes. En segundo lugar, implica renunciar de antemano a cualquier explicación estructural sobre las causas sociales de esa delincuencia, de forma que la pretendida autoexclusión de la sociedad se ve como fruto de decisiones libres y hasta cierto punto arbitrarias. En tercer lugar, aun si aceptamos su implícita hipótesis de que estamos ante delincuentes por convicción, sorprende que en contra de lo que ha sido el tratamiento habitual en el derecho penal clásico y, desde luego, en el derecho penal garantista, su condición de delincuentes ideológicos les otorgue un estatus peyorativo en lugar de meliorativo o, al menos, neutro. Eso sería especialmente pertinente respecto al terrorismo, pero tampoco cabe excluirlo en ocasiones para ciertos tipos de delincuencia organizada, como determinados segmentos de la economía ilegal de drogas o del tráfico ilegal de mercancías o personas desde el mundo subdesarrollado al desarrollado. Finalmente, a la entronización de la inocuización, a la ceguera frente a las causas estructurales de la delincuencia, y a la plena incomprensión de la delincuencia ideológica, actitudes todas ellas directamente incidentes sobre los enemigos de la sociedad, hay que añadir algo más: Los efectos devastadores que sobre la prevención general de comportamientos delictivos dirigida al conjunto de la sociedad habrá de tener la constatación de que se reconoce a cualquier ciudadano el derecho a *salirse* del ordenamiento jurídico, adquiriendo un nuevo estatus que, sólo en caso de descubrimiento de sus actividades, puede resultarle desfavorable. Si a eso unimos la frecuente tendencia de las instancias de control social a ahorrarle esa decisión al ciudadano, tomándola ellas en su nombre, el cuadro resulta ya completo<sup>42</sup>.

<sup>41</sup> Actualmente su defensor más decidido es *Jakobs*, cuya última formulación al respecto parece estar en *Jakobs/Cancio*. “Derecho penal del enemigo”. Thomson-Cívitas. 2003. págs. 21-56. Véase su aceptación, aunque más matizada, en *Silva Sánchez*. “La expansión...”. op. cit. págs. 163-167.

<sup>42</sup> Críticamente sobre el derecho penal del enemigo, *Cancio Meliá*. op. cit. págs. 78-102, incidiendo en especial en la inconveniencia de dejar a disposición de los ciudadanos la determinación de su estatus de ciudadano; *Laurenzo Copello*. Recensión a *Silva Sánchez*. “La expansión del derecho penal”. 2ª edic. En Revista de derecho penal y criminología. nº 12. págs. 455-456, quien, además, resalta los riesgos implícitos en la determinación de quiénes serían los “enemigos”; *Maqueda Abreu*. op. cit. pág. 11; *Muñoz Conde*. “¿Hacia un derecho penal del enemigo?”. Diario El País. 15-1-2003. Por el contrario. *Zugaldía Espinar*. “Seguridad ciudadana y estado social de derecho” (en prensa). Ejemplar mecanografiado. pág. 9, estima que las críticas a

Reconocidos nuestros errores y nuestras actitudes abandonistas, procede ahora des-enmascarar a un conjunto de agentes sociales que se han convertido en los portaestandartes de la nueva ideología de la seguridad ciudadana.

Ante todo, los medios de comunicación social: Su avidez lucrativa en unos casos, su sesgo ideológico en otros, la lucha por los lectores o la audiencia en casi todos, les ha hecho apurar al máximo las innegables potencialidades mediáticas de la criminalidad, a la que mantienen una y otra vez en sus portadas. No importa, a tales efectos, que la imagen social que se transmita de la delincuencia y de su persecución se asiente sobre anécdotas y sucesos aislados descontextualizados, que se incrementen sin fundamento real la preocupación y miedo por el delito y las consecuentes demandas sociales de intervención, o que se haya de ocultar la ignorancia y falta de preparación de sus profesionales a la hora de entender los complejos conflictos sociales que están narrando.

Jakobs por su formulación del derecho penal del enemigo no están justificadas, ya que él también deslegitima tal construcción.

La inconsistencia de la vinculación que realiza *Silva Sánchez*. (véase supra nota 7) entre los fenómenos políticocriminales de la “modernización” y de la “seguridad ciudadana”, a los que agrupa bajo el mismo concepto de “expansión” del derecho penal, se muestra con nitidez cuando termina aceptando, a partir de las demandas sociales, dos variedades de expansión del derecho penal. Una de ellas, que hay que aceptar “resignadamente”, va referida “muy especialmente” a la delincuencia socioeconómica, esto es, a la que él mismo ha llamado la criminalidad de los poderosos, cuya persecución condiciona a una disminución del empleo de penas privativas de libertad que vendría compensada por una simultánea reducción de las garantías. La segunda de ellas, que constituiría la “expansión razonable” del derecho penal, se referiría sobre todo a las conductas que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos individuales, cuya incorporación al derecho penal no conllevaría la disminución del uso de la pena de prisión, y tampoco la reducción de garantías; no resulta difícil identificar este tipo de criminalidad con la delincuencia clásica, la de las clases sociales desfavorecidas. Ciertamente la citada división podría aún verse, y así quizás ingenuamente lo pretende su autor, como una exigencia forzada por las diferentes técnicas jurídicas empleadas para perseguir una y otra delincuencia, y no como una adhesión de *Silva*, por lo que se refiere a la expansión razonable, a las tesis del modelo de seguridad ciudadana. Pero objetivamente las dudas se disipan cuando se constata que el autor está seguidamente dispuesto a admitir, no sólo para el terrorismo o la delincuencia organizada, sino igualmente para supuestos como “la delincuencia patrimonial profesional” y “la delincuencia sexual violenta y reiterada”, entre otros, un incremento de las penas de prisión acompañado de una relativización de las garantías sustantivas y procesales, por más que tal derecho penal lo considere de emergencia y excepcional. Véase *Silva Sánchez*. op. cit. págs. 149-167.

Críticamente frente a los planteamiento de este autor, *Martínez-Buján Pérez*. “Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del *big crunch* en la selección de bienes jurídicos penales”, en “La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Prof. José Cerezo Mir”. Díez Ripollés, Romeo Casabona, Gracia Martín, Higuera Guimerá eds. Tecnos. 2002. págs. 402 y ss., quien destaca por su excelente crítica de los alegados condicionamientos técnico-jurídicos –ausencia concreta de lesividad, estructuras típicas de peligro...- que pretendidamente aconsejarían crear un derecho penal menos represivo y garantista en la delincuencia socioeconómica; *Soto Navarro*. “La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna”. Ed. Comares. 2003. págs. 169-192, quien, en el mismo sentido, se pone a continuación manos a la obra de sentar las bases para una adecuada formulación del objeto de protección y la estructura típica de los delitos protectores de intereses colectivos; *Gracia Martín*. “Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de la resistencia”. Tirant lo blanch. 2003. passim, quien a partir de una crítica, desmesurada en la forma y en los detalles pero convincente en sus fundamentos, contra las pretensiones de recortar los avances en la persecución de la criminalidad de los poderosos, singularmente la socioeconómica, no discrimina suficientemente en su contundente discurso entre las tendencias encaminadas a “modernizar” el derecho penal y aquellas otras dirigidas a crear un nuevo modelo penal de “seguridad ciudadana”, con lo que termina legitimando cualesquiera movimientos políticocriminales expansivos; *Laurenzo Copello*. op. cit. págs. 451-455, quien, acertadamente, destaca que lo que sucede con la delincuencia socioeconómica es que las penas previstas son leves en relación con las graves conductas realizadas, y que lo pertinente no es disminuir garantías y reducir penas, sino elevar penas y acomodar las garantías a ese tipo de criminalidad.

En segundo lugar, la propia comunidad, asustada de lo que le cuentan y, a veces, de lo que directamente experimenta, y halagada hasta el hastío por todo tipo de agentes sociales ocupados primordialmente en exculparle de toda responsabilidad. Ella ha acabado creyéndose que una aproximación vulgar –en términos positivos, “de sentido común”– a la criminalidad, compuesta sustancialmente de mano dura y de amplias dosis de incompreensión e incomunicación intersubjetivas, es la única receta capaz de frenar el inminente caos social, siempre anunciado. Su desinterés por las aportaciones expertas en este campo no deriva sólo de la frecuente incompetencia de esos expertos, sino que en buena medida arraiga en el progresivo engreimiento de la plebe en las sociedades de masas<sup>43</sup>, que le ha llevado a pensar que es ella la que debe tomar directamente minuciosas decisiones para el abordaje de muy diferentes y complejos problemas sociales, en lugar de dejarlas en manos de los expertos y exigir luego, eso sí, responsabilidad por los errores cometidos.

Pero esta situación sería poco menos que inimaginable si la política profesional no hubiera abandonado desde hace ya algún tiempo una de sus máximas de actuación irrenunciable: Aquella que establece que los políticos son creadores de opinión, y no meros transmisores de las opiniones originadas en la comunidad. Sus desvelos por no permanecer en la oposición les llevan con demasiada frecuencia a olvidar, o al menos a arrumbar temporalmente, sus creencias antes que soportar las consecuencias electorales de mantener opiniones en algún momento minoritarias. Poco más merece decirse de un fenómeno tan conocido.

### *3. El reconocimiento del terreno.*

Ahora bien, si no nos conformamos con resistir, y queremos avanzar en la acreditación de un modelo de intervención penal distinto al de la seguridad ciudadana, debemos reconocer bien el terreno. Y para ello conviene que evitemos descalificaciones ideológicas apresuradas, que nos crean la ilusión de vivir en un mundo simple, dividido entre buenos y malos. Citemos algunas.

Uno de los factores determinantes en la crisis del modelo resocializador en los países que lo habían asumido de forma consecuente fue el denominado movimiento de la “pena merecida” –“just deserts”–, que no sólo es impropio calificarlo en general como una orientación conservadora, sino que debe justamente valorarse como una recuperación del garantismo o una decidida incorporación a él. Constituyó en gran medida una contundente reivindicación de la vigencia de principios como el de proporcionalidad, seguridad jurídica o humanidad de las penas. Era, ante todo, una reacción frente a las arbitrariedades a que daba lugar la ideología del tratamiento. El que finalmente el conjunto de fuerzas actuantes en el desmoronamiento del modelo resocializador haya terminado primando en ordenamientos jurídicos muy significativos –EEUU, Reino Unido– los efectos intimidatorios e inocularizadores de la pena, no era una consecuencia necesaria del

<sup>43</sup> Un sugestivo ensayo sociológico sobre el papel de la masa como actor social en las modernas sociedades lo constituye la obra de Sloterdijk, “El desprecio de las masas”. Pre.textos. 2002, en especial págs. 9-29, 71-99, donde, entre otras cosas, sostiene que la sociedad de masas democrática persigue ante todo obtener la autoestima de la propia masa, lo que exige despreciar las diferencias individuales, sólo admisibles en cuanto artificialmente creadas y revocables.

cuestionamiento del modelo resocializador, que podía perfectamente desembocar en un retorno al modelo garantista, como fue de hecho el caso en los países escandinavos<sup>44</sup>.

La idea de que garantizar la seguridad ciudadana es un objetivo cuya consecución beneficia de modo singular a las clases media/baja y baja de la sociedad, fue un acertado descubrimiento de las corrientes criminológicas que, desde aproximaciones progresistas a la delincuencia, huían de los excesos de la criminología crítica<sup>45</sup>. La incorporación de este pensamiento a los programas políticos de la izquierda satisface justificadas demandas de su electorado: En ellas se aúnan la realidad de los colectivos víctimas de la delincuencia y desorganización social callejeras, con el imposible mantenimiento por más tiempo de una concepción ingenua del delincuente como mera marioneta de los condicionamientos sociales. Que ello haya dado lugar a propuestas de intervención centradas en los síntomas, y que la lucha contra las causas sociales de la delincuencia se haya quedado en una mera referencia retórica, sin autonomía programática ni contenido presupuestario dignos de mención<sup>46</sup>, es una contingencia que no tendría por qué haberse producido.

El descubrimiento por algunos movimientos sociales de la fuerza expresiva e integradora del derecho penal, y su uso inmoderado, hasta el punto de que en sus programas las propuestas de intervención punitiva arrinconan a aquellas de naturaleza puramente social no puede hacernos olvidar que tales organizaciones sociales son alimentadas por corrientes ideológicas que luchan por consolidar y profundizar un estado del bienestar para el que corren malos tiempos. Que sus meritorios esfuerzos concluyan en demasiadas ocasiones en lo que hemos venido en llamar un *bienestarismo autoritario*, de cortas miras, dudosa eficacia y escasa legitimación, es algo ciertamente a lamentar.

En cualquier caso, ni la reivindicación de la proporcionalidad y seguridad jurídica, ni un análisis realista de la delincuencia, ni las pretensiones de progresar en la construcción del estado del bienestar, son actitudes ajenas al desarrollo de un modelo alternativo al de la seguridad ciudadana. Por mucho que en estos momentos, y en demasiadas ocasiones, estén contribuyendo justamente a su consolidación.

<sup>44</sup> Véase una valoración en gran parte coincidente del movimiento del “just deserts”, en *Scheingold. op.cit.* págs. 123-125, 141-145, 158-161, 186-192; en menor medida en *Garland. op.cit.* págs. 55-60.

<sup>45</sup> Véase supra apartado II.9.

<sup>46</sup> Un buen ejemplo de lo que digo se encuentra en el programa electoral del partido socialista para las elecciones generales de 2004: El apartado dedicado a la delincuencia y la seguridad ciudadana ocupa 10 páginas, en las que, tras criticar la política del partido popular, describe la estrategia socialista en torno a dos pilares: El primero son las políticas de solidaridad y cohesión social, y el segundo un sistema público de seguridad eficaz. Sin embargo, al primer pilar dedica escasamente una página, con seis propuestas de las cuales sólo las dos primeras atienden propiamente al fomento de la inclusión social, y sin que ninguna de las dos contenga una sólo propuesta concreta más allá de la puesta en marcha de un Plan nacional de prevención de la delincuencia. El segundo pilar ocupa al menos cuatro páginas y media, y está trufado de todo tipo de medidas y compromisos concretos para el desarrollo del modelo policial preconizado. En los pasajes adicionales dedicados a la política penitenciaria, pese a una decidida apuesta por la resocialización, sólo cuatro de las diez medidas propuestas tienen que ver directamente con programas de tratamiento, sin que haya una sola mención al fomento de penas alternativas a la prisión. La misma orientación se aprecia en el apartado específico referido a la lucha contra el tráfico de drogas. Véase *Partido socialista obrero español. “La democracia de los ciudadanos y ciudadanas. La España plural. La España constitucional”*. 2004.

#### 4. Las explicaciones estructurales.

A la búsqueda de explicaciones que ahonden en las transformaciones sociales que han llevado a este repentino cambio en el paradigma sancionador penal, pienso que la ideología de la inseguridad ciudadana es en gran medida una liviana cortina que vela un conjunto de malestares sociales que se han asentado firmemente entre la población en los últimos años. La relevancia otorgada a la delincuencia y a su control oculta, mediante una sencilla explicación, fenómenos sociales de mayor fuste y complejidad<sup>47</sup>. Permítaseme aludir a dos de ellos especialmente significativos:

Estamos pagando las consecuencias derivadas del desmantelamiento del estado del bienestar o, si se quiere, de su incipiente consolidación en España. Acontecimientos sociales de primera fila, como las reformas laborales que han conducido a la precariedad en el empleo, el deterioro de servicios sociales básicos como la sanidad y la educación, las dificultades para el acceso a la vivienda, la progresiva pérdida de generalidad de las obligaciones fiscales y de su carácter distributivo, entre otros fenómenos<sup>48</sup>, han hecho que las legítimas aspiraciones de amplios sectores sociales a desarrollar un proyecto vital coherente y con proyección en el tiempo se estén viendo frustradas. Ello da lugar entre las capas sociales perjudicadas por esta evolución a una sensación de inestabilidad personal que no favorece la comprensión hacia los comportamientos delictivos, los cuales se perciben en buena medida como actuaciones ventajistas, que pretenden beneficiarse del respeto a las normas por los demás a la hora de lograr los mismos objetivos sociales; por su parte, los sectores sociales que están sacando provecho de toda esta desregulación no ven motivos para aportar comprensión hacia un tipo de comportamientos, los de la delincuencia clásica, que sólo reflejan un insuficiente esfuerzo de ciertos sectores sociales para ajustarse a las nuevas realidades sociales<sup>49</sup>.

<sup>47</sup> Sobre la capacidad de la lucha contra la delincuencia para encubrir otros malestares sociales, véase la experiencia en EEUU narrada por *Scheingold*. op.cit. págs. 68-69, 172-177, 181-183.

<sup>48</sup> Se pueden mencionar algunos datos significativos: Según Eurostat, España era en 2000 el penúltimo país de la Unión europea en porcentaje de PIB dedicado a gasto social. El empleo precario supone ya, tras unos pocos años de vigencia de las nuevas normas de contratación laboral, más del 30% de todo el empleo y, para hacerse una idea de su evolución, baste decir que en la provincia de Málaga el 92% de todos los contratos firmados en 2003 fue temporal, con una duración media de 80 días. Por lo que se refiere a la sanidad, España ocupa, según la OCDE, el penúltimo lugar de la UE en gasto de salud por habitante. El gasto público estatal destinado a la vivienda ha pasado del 1% de 1993 al 0'5% en 2004, y si la vivienda protegida constituía el 30% de las viviendas iniciadas en 1996, ahora, en 2003, apenas llega al 7%; el porcentaje de ingresos destinado por las familias a pagar la hipoteca se aproxima al 50% en 2003, cuando en 1996 apenas superaba el 30%. La APIFE, asociación que aglutina a más del 90% del colectivo de inspectores que trabaja en la Agencia tributaria lleva meses denunciando el sesgado control del fraude tributario que se lleva a cabo, centrado casi de modo exclusivo en los que ya declaran, y que está dando lugar a graves lagunas de inspección en el ámbito de la actividad financiera e inmobiliaria, llegando a afirmar que pareciera que las últimas reformas han ido encaminadas a facilitar la evasión fiscal de tales colectivos. Véanse informaciones, y referencias adicionales de la fuente, en diario El País, 25-1-2004, 26-1-2004, 27-1-2004, 30-1-2004, 31-1-2004, 12-2-2004 (País Andalucía).

<sup>49</sup> En un sentido cercano, a la hora de interpretar las causas de las últimas reformas penales, *Sáez Valcarcel*. "La inseguridad, lema de campaña electoral". Jueces para la democracia. n.º 45. 2002. passim.; *Maqueda Abreu*. op. cit. passim; *Zugaldía Espinar*. op. cit. págs. 1-2, 4, 9.

Una contundente explicación del modelo de seguridad ciudadana desde la perspectiva de un Estado económicamente desregulado y socialmente desmantelador o condicionador de las políticas de asistencia social, se encuentra en *Wacquant*. "Las cárceles de la miseria". Alianza editorial. 2001. passim. El autor, al hilo de la experiencia que ya ha tenido lugar en EEUU y que a su juicio se está asentando en Europa, con abundancia de



Tampoco hay que olvidar el extendido desconcierto personal que está originando un mundo cada vez más complejo y en rápida transformación: La sensación de que la sociedad evoluciona espontáneamente, sin ninguna dirección previsible y menos controlable, la consciencia de que las exigencias de la mundialización superan con creces las capacidades individuales, el recelo ante una inmigración desbordada<sup>50</sup>, extraña y recienpiendaria de todo tipo de actitudes prejuiciosas, por no citar más que algunos hechos, originan ciertamente un replegamiento hacia identidades colectivas que parecen ofrecer un suelo firme sobre el que caminar. Pero también fomentan visiones de exclusión social, que buscan a través de la estigmatización de ciertos colectivos sociales la confianza perdida en uno mismo y en los más cercanos.

El modelo de seguridad ciudadana satisface muchas de las necesidades antedichas: Se asienta sobre un conjunto de valores que se estiman incuestionables, distingue nítidamente entre ciudadanos y delincuentes, preconiza la dureza frente a intrusos y extraños, ignora las desigualdades sociales... . Suministra, en suma, certezas en extremo convenientes para desenvolverse en un mundo desregulado e imprevisible.

##### 5. Los condicionamientos operativos y estratégicos.

Ahora bien, que la ideología de la seguridad ciudadana haya sido capaz de suministrar todo ese conjunto de utilidades al imaginario colectivo tiene mucho que ver con una serie de condicionamientos de ciertos operadores jurídicos, que no pueden ser pasados por alto. Todos ellos pueden resumirse en la constatación de que las visiones estructurales de la delincuencia, aquellas que buscan sus causas en factores sociales o ambientales, tienen graves inconvenientes para ser asumidas por agentes sociales relevantes en este campo. Una imagen inversa muestran las visiones volitivas de la delincuencia, que la explican como efecto de decisiones racionales y libres del delincuente. Lo que ahora sigue no es, por tanto, un análisis de los diferentes orígenes ideológicos y culturales de las visiones estructural y volitiva de la criminalidad, ni de las razones que explican el actual predominio de la segunda, sino algo más inmediato, un recordatorio de ciertas inercias sociales que favorecen el enfoque volitivo.

Un enfoque estructural de la delincuencia tiene el importante inconveniente de que coloca al *poder ejecutivo*, así como a un *poder legislativo* que carece de autonomía respecto a él, ante sus propias responsabilidades: Si el delito encuentra buena parte de su explicación en causas sociales, ellos son los primeros responsables de la corrección de las políticas existentes o de la adopción de nuevas iniciativas que contrarresten la insatisfactoria situación existente. Por el contrario, una explicación volitiva del delito permite al

datos empíricos, concluye que el Estado de la seguridad que está sustituyendo al Estado del bienestar se caracteriza por una selectiva y masiva intervención penal, tanto penitenciaria como extrapenitenciaria, sobre las clases socialmente más desfavorecidas y laboralmente más incompetentes, entre las que pasa asimismo a desempeñar un papel asistencial autoritario, en cuanto vincula cada vez más la asistencia a la aceptación por los beneficiados de ciertas condiciones laborales e intromisiones en su vida privada.

<sup>50</sup> Se ha pasado de una tasa de inmigrantes ajenos a la UE de un 1'5% en 1999 a otra cercana al 6% en 2003, o lo que es lo mismo, a un ascenso de 600.000 a dos millones y medio en cuatro años, lo que es sorprendente aun contando con el significativo afloramiento de la inmigración irregular a través de las cifras de empadronamiento. Se calcula que en 2010 podrán ya suponer el 14% del total de la población.



ejecutivo y al legislativo desplazar nítidamente la responsabilidad hacia un tercero, el delincuente.

El enfoque volitivo, al partir de la generalizada asunción de que todos los ciudadanos están en condiciones de responder plenamente de sus decisiones, deja, además, un amplio margen para medidas legislativas de naturaleza simbólica, cargadas de fuerza comunicativa y provecho electoral: Su insatisfactoria eficacia o efectividad siempre pueden resultar enmascaradas por el incontrovertible dato de que en último término la culpa de la persistencia de la delincuencia es de quien delinque<sup>51</sup>.

Por lo demás, una decidida aproximación estructural a la delincuencia resulta difícilmente accesible a la *jurisdicción*, justo lo contrario de lo que sucede con la perspectiva volitiva. Los jueces tienen una limitada capacidad para activar mediante sus decisiones medidas de intervención social centradas en las causas de la criminalidad. Aun cuando se eche muchas veces en falta por su parte una apuesta inequívoca a favor de penas de reintegración social –exigencia efectiva de participación en programas de rehabilitación en el marco de la suspensión de la ejecución de la pena de prisión o de su sustitución, trabajos en beneficio de la comunidad, multas adaptadas a su capacidad económica y susceptibles de afectar a su nivel de vida...<sup>52</sup>–, es lo cierto que su real funcionamiento depende de los recursos humanos y materiales que se pongan a su disposición por las administraciones competentes en la ejecución de penas. Y, en cualquier caso, las decisiones judiciales nunca podrán tener incidencia directa en los factores sociales que no estén inmediatamente vinculados a la persona del delincuente.

Paradójicamente el enfoque volitivo permite a los jueces y tribunales compensar de algún modo su inoperancia estructural. En efecto, una aplicación esmerada de las categorías que fundamentan la responsabilidad penal a la hora de enjuiciar el comportamiento del presunto delincuente posibilita desarrollar indirectamente las actitudes de comprensión hacia los condicionamientos sociales de la delincuencia. Pero ello no impide que la atención siga centrada en el comportamiento y la persona objetos concretos del enjuiciamiento, ... y que se haya de forzar una vía, la del garantismo, que tropieze con serias resistencias sociales<sup>53</sup>.

Tampoco parece que las circunstancias en las que en la actualidad se desenvuelve la actividad de los *medios* favorezcan el que éstos realicen aportaciones estructurales sobre la delincuencia: Ya hemos señalado más arriba, en diferentes lugares<sup>54</sup>, el papel decisivo que están desempeñando en la consolidación de una visión volitiva de la delincuencia a través del fomento del modelo de la seguridad ciudadana. Baste añadir ahora que el apresuramiento, al parecer inevitable, en la elaboración de sus contenidos, y la conve-

<sup>51</sup> Por lo demás, la progresiva transferencia de las competencias de desarrollo y ejecución de las decisiones policriminales a las comunidades autónomas está descubriendo un nuevo nicho del derecho penal simbólico, en la medida en que la responsabilidad por el defectuoso funcionamiento de previsiones legales ab initio inadecuadas, pero simbólicamente útiles para quien las aprueba, se desplaza de los órganos nacionales a los autonómicos y locales.

<sup>52</sup> Véase lo mencionado supra, apartado II.6.

<sup>53</sup> Véase un ilustrativo análisis del modo en que en EEUU se producen estos mismo fenómenos en las instancias legislativa, ejecutiva y judicial, con especial agudeza analítica respecto a esta última, en *Scheingold*. op. cit. págs. 21-28, 113-117, 146-161, 163, 165-172, 181-192.

<sup>54</sup> Véanse supra, por ejemplo, apartados II.4 y III. 2.

niencia de “poner cara” a cualquier asunto, por muy abstracto que resulte, son factores también determinantes en el enfoque volitivo en ellos casi exclusivo.

Finalmente, hay un agente social que ha abdicado de su tradicional misión de poner de manifiesto los condicionamientos sociales del delito, la *criminología*. Por razones a las que ya he aludido más arriba<sup>55</sup>, influyentes centros de estudio criminológicos se han sentido obligados a purgar los excesos cometidos en la época crítica dando vía libre, e incluso asumiendo y fomentando, corrientes interpretativas, nunca desaparecidas, para las que las explicaciones sociales son una mera coartada para no adoptar políticas verdaderamente eficaces contra los delincuentes reales o potenciales.

## 6. El modelo a promover.

Tras todo lo que llevamos dicho, algo creo que ha quedado claro: El debate social y jurídico sobre la política criminal contemporánea no oscila entre los polos de más o menos garantismo, sino sobre los modelos más eficaces de prevención de la delincuencia. En ese sentido, la alternativa al modelo de la seguridad ciudadana no es el modelo garantista, sino un *modelo penal bienestarista*, que anteponga una aproximación social a una aproximación represiva hacia la delincuencia. Y los términos del debate se desenvuelven, en consecuencia, en el campo de la racionalidad pragmática, esto es, en el de la efectividad y eficacia de las medidas de intervención social a tomar<sup>56</sup>. La contraposición entre estas dos perspectivas, sin perjuicio de que ninguna renuncie plenamente a contenidos de la otra, refleja el contraste entre un afrontamiento ingenuo, tosco, de la delincuencia, centrado en los síntomas e incapaz de ver más allá del corto plazo, y un abordaje de la criminalidad experto, consciente de la complejidad del fenómeno, centrado en las causas y dispuesto a dar su tiempo a las modificaciones sociales.

Este modelo penal bienestarista ha de marcar de forma inmediata sus distancias respecto a dos pautas de intervención políticocriminal que se pueden reclamar igualmente herederas del estado del bienestar. La primera es justamente el modelo resocializador, cuyo derrumbe se debió en gran medida a la excesiva atención y expectativas puestas en la actuación sobre el delincuente, descuidando las intervenciones sobre la sociedad; con esa matización, sus aportaciones deben, sin embargo, ser aprovechadas para el futuro. La segunda es el bienestarismo autoritario, que muestra cada día su cortedad de miras y su incapacidad para colocarse en el lugar del otro por muy deleznable que sean sus razones y motivaciones<sup>57</sup>.

Pero la efectividad y eficacia del modelo penal bienestarista hay que demostrarlas, o al menos hacerlas plausibles, y eso no se logra reclamando adhesiones ideológicas ciegas en una sociedad cada vez más desideologizada. Hay que documentar las consecuencias

<sup>55</sup> Véase supra apartado II.9.

<sup>56</sup> En mucha menor medida, también tiene lugar en el ámbito de la racionalidad teleológica, a saber, el de los objetivos sociales a conseguir. No acaba de dar la debida relevancia al enfoque pragmático, *Maqueda Abreu*. op. cit. págs. 10-11.

<sup>57</sup> Por el contrario, el modelo de la justicia reparadora, con sus propuestas de mediación entre delincuente y víctima, puede constituir una vía prometedora, aunque limitada por sus insuficiencias en relación con la delincuencia menos grave y grave, para lograr una inmediata integración de los intereses públicos y los particulares de las víctimas, además de facilitar la resocialización del delincuente.

negativas del modelo de la seguridad ciudadana y su previsible, si no ya presente, fracaso. Para ello es preciso abandonar la argumentación en el mero terreno de los principios, y descender a discursos en los que las alternativas defendidas estén bien apoyadas en datos empírico-sociales. Sólo así, por otra parte, recuperará la pericia políticocriminal su fuerza de convicción y el lugar del que ha sido desalojada.

Que el debate no pueda eludir, o incluso deba centrarse, en la racionalidad pragmática no quiere decir que hayan de arrumbarse imprescindibles referencias valorativas. En este sentido, hay que retomar con decisión los esfuerzos a favor de la “modernización” del derecho penal, esto es, de una ampliación de la intervención penal a ámbitos socioeconómicos y de interés comunitario hasta hace poco considerados ajenos a la política criminal. El carácter esencial de los intereses protegidos y la exigencia constitucional de igualdad de trato de todos los ciudadanos obliga a incorporar la criminalidad de los poderosos al acervo de conductas objeto de consideración del derecho penal. Esta es la genuina tarea expansiva de la criminalización que corresponde al modelo penal bienestarista: Ha de liberar al derecho penal del estigma de ser el derecho de los pobres, y ha de asegurar que cumpla realmente su función, la de ser un derecho orientado a la salvaguarda de los presupuestos esenciales para la convivencia. Se impone, por tanto, una contundente reacción ante aquellas propuestas que, con mejor o peor intención, proponen una reducción significativa de la aún incipiente punición de conductas socialmente muy perturbadoras pero realizadas en nichos sociales acomodados.

En cualquier caso, debe reiterarse que tanto las nuevas decisiones de criminalización como las clásicas, por muy relevantes que sean los intereses que tutelen, deben someterse en el modelo penal bienestarista al contraste de su efectividad y eficacia. Ello obliga a un análisis cuidadoso de todos los recursos sociales disponibles, de forma que cualquier intervención penal habrá de acreditar su utilidad o el plus de utilidad que le hace preferible a otro tipo de intervenciones. Se ha de estar, en consecuencia, dispuesto a que un uso consecuente de esta pauta decisional contradiga asentados lugares comunes en el ámbito del principio de subsidiariedad.

¿Y qué hacemos con el sistema de garantías tan trabajosamente construido?. Mantenerlo o, mejor dicho, convencer a la sociedad de que no puede prescindir de él. Para ello hay que procurar, en primer lugar, que el garantismo deje de ser entendido como un modelo global de intervención penal. Esta caracterización, que en buena parte le hemos venido atribuyendo por defecto, condicionados por la ausencia de auténticos proyectos políticocriminales, no responde a su naturaleza<sup>58</sup>. Pues su función no es elaborar programas de actuación políticocriminales, sino constituirse en un baluarte, una trinchera, frente al posible abuso de los poderes públicos al desarrollar tales programas.

<sup>58</sup> Es sintomática al respecto la opinión de Ferrajoli. “Diritto e ragione”. Laterza. 1990 (Hay traducción española). págs. 347-362, 460-465, 553-556, 591-594, 908-909, 913-914, 947-963, cuya concepción del derecho penal mínimo parte de que las garantías son solamente formulables en sentido negativo, de forma que bajo los postulados de un derecho penal mínimo no se puede, por ejemplo, identificar un sistema de prohibiciones positivo legítimo, y lo mismo podría decirse de las sanciones o el proceso. Ello justamente le diferencia frente a un rechazable derecho penal máximo que, al introducir criterios positivos, introduce la discrecionalidad. Y es que el estado de derecho que da cobertura a tal derecho penal mínimo sirve más para deslegitimar que para legitimar decisiones de los poderes públicos.

Aclarado esto, y en segundo lugar, hay que hacer creíble a la sociedad que estos abusos existen, y que se pueden incrementar. Sólo cuando suficientes sectores sociales comprendan los riesgos que implica el desmantelamiento del sistema de garantías se estará en condiciones de revertir el fenómeno social antes aludido, por el que se está dispuesto a sustituir garantías por efectividad en la persecución del delito. De nuevo convendría que descendiéramos de los principios y las abstracciones a casos concretos, a la descripción de abusos efectivos sobre potenciales y reales delincuentes.

Por lo demás, el sistema de responsabilidad penal será tanto más sólido cuanto mejor exprese, de forma depurada pero comprensible, las ideas sociales vigentes sobre cuándo alguien debe responder por sus actos y en qué grado. Allí está su fuerza, y no en refinadas e inaccesibles construcciones conceptuales. Y algo parecido sucede con el sistema de verificación de la responsabilidad, en el que, por ejemplo, la actividad probatoria no debería ver obstaculizada su aproximación empírica a la realidad, ni su uso de reglas lógicas o argumentativas ampliamente compartidas, por frenos garantistas negadores de la evidencia<sup>59</sup>.

### *7. Las estrategias a seguir.*

No debemos prolongar más estas reflexiones. A lo largo de los últimos apartados se han ido plasmando las actuaciones estratégicas que deberían emprenderse por los diferentes agentes sociales contrarios al modelo penal que se está configurando, por lo que no necesito repetirlas ahora. Concluyo, pues, con el esbozo de algunas líneas estratégicas aún no mencionadas:

Toda modificación de un modelo de intervención social, más allá de los intereses generales que persiga y de su eficacia para obtenerlos, favorece los intereses particulares de ciertos grupos sociales y perjudica, o al menos no promueve, los intereses de otros. Esta regla es perfectamente válida para las intervenciones políticocriminales, y debería ser tenida muy en cuenta a la hora de buscar los apoyos sociales necesarios para desarrollar estrategias que contrarresten la actual deriva securitaria. Frente a colectivos y agentes sociales que están resultando claramente beneficiados por el modelo que se está asentando –fuerzas policiales, empresas de seguridad, pequeños comerciantes, clases pasivas, sectores con empleo estable, medios de comunicación, políticos populistas, asociaciones feministas...- existen otros que resultan perjudicados –colectivos preferidos del escrutinio policial, como jóvenes, inmigrantes y minorías sociales, cuerpos expertos de la justicia, de la ejecución penitenciaria o de la asistencia social y psicológica, emprendedores a cuyos negocios perjudica la imagen de inseguridad ciudadana, asociaciones activas en la atención a la marginación social o en campos alejados de la seguridad ciudadana, como medio ambiente, intereses del tercer mundo, pacifistas...-<sup>60</sup>.

Otra estrategia prometedora para frenar el modelo securitario es prevenir una excesiva desvinculación entre las instancias sociales que adoptan las decisiones políticocriminales

<sup>59</sup> Sin perjuicio de las reacciones, enérgicas, que debieran incidir sobre quienes lleven a cabo prácticas de investigación y prueba prohibidas.

<sup>60</sup> Véanse dos análisis en ese sentido en relación con EEUU, en *Scheingold*. op. cit. págs. 55-65; *Zimring*. op. cit. págs. 193-202.

y las encargadas de ejecutarlas. Parece estar bien demostrado que cuantas menores responsabilidades se tienen en la puesta en práctica de las leyes o reglamentos penales, más fácilmente se establecen regulaciones de carácter simbólico, políticamente ventajosas para quienes las aprueban y demolidoras de la capacidad de gestión para quienes han de aplicarlas<sup>61</sup>. Aunque esa separación no se cuestiona entre el poder legislativo o ejecutivo por un lado, y el judicial por otro, es especialmente peligrosa dentro de los diferentes niveles del poder ejecutivo: La actual tensión entre el gobierno central y las comunidades autónomas en el desarrollo de las últimas reformas procesales y en la dotación de medios a la administración de justicia es un buen ejemplo de ello.

Finalmente, no puede quedar sin mencionar la necesidad de que los colectivos y agentes sociales contrarios al modelo de la seguridad ciudadana se organicen en grupos de presión. Ellos habrán de ser los encargados de suministrar los datos y argumentos imprescindibles para que las concepciones sociales y las políticas públicas evolucionen hacia un modelo más razonable de intervención penal. Hay que abandonar visiones ingenuas, muy presentes en los grupos expertos jurídicos, según las cuales la racionalidad termina imponiéndose por sí sola. Las asociaciones policiales han dado recientemente un buen ejemplo de cómo un inteligente y oportuno uso de datos y argumentos puede hacer que fuerzas políticas de muy distinto signo terminen satisfaciendo ciertos intereses corporativos<sup>62</sup>.

<sup>61</sup> Véanse referencias estadounidenses a este fenómeno, en *Scheingold*. op. cit. págs. 22-25, 27-28, 177-179, 188.

<sup>62</sup> Me refiero al alarmista uso de una transitoria elevación de las tasas de criminalidad para conseguir mejoras de plantilla y salariales, campaña desarrollada entre 2001 y 2003. Véanse *Díez Ripollés*. "El aumento de la criminalidad y la izquierda". Diario El País. 9 de mayo de 2002; *Sáez Valcarcel*. op. cit. pág. 6.

Sobre una cuarta, y cínica, estrategia desarrollada al parecer con frecuencia por los cuerpos expertos de la administración de justicia en los EEUU, consistente en ceder a las demandas populistas en los casos judiciales más publicitados, consiguiendo en contrapartida quedar fuera de la atención de los medios en la gran mayoría de los casos, en los que pueden llevar a cabo una aproximación experta a ellos, véase *Scheingold*. op.cit. págs. 122-123, 139, 151-153, 159, quien también alude a lo que ayuda el ganarse la confianza de los medios.